

**DIE GRUNDFREIHEIT DES WARENVERKEHRS UND DAS
GEMEINSCHAFTSRECHTLICHE KARTELLVERBOT IM
SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZU DEM
TERRITORIALITÄTSPRINZIP DER NATIONALEN
MARKENRECHTLICHEN REGELUNGEN**

**EINE UNTERSUCHUNG UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER
PROBLEMATIK DES WELTWEITEN PARALLELHANDELS**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von
Andreas Hayn LL.M.
aus München

2005

1	Einführung	5
1.1	Problemstellung und Interessenlage.....	5
1.2	Grundfreiheit des Warenverkehrs	14
1.3	Gemeinschaftsrechtliches Kartellverbot.....	16
1.4	Territorialitätsprinzip der nationalen Markenrechte	19
1.5	Grundlagen des deutschen Markenrechts im Zusammenhang mit der Problematik des Parallelhandels.....	24
2	Die Grundfreiheit des Warenverkehrs im Spannungsverhältnis zu den nationalen markenrechtlichen Regelungen	26
2.1	Problemstellung	26
2.2	Funktion der Warenverkehrsfreiheit im Vertragsgefüge.....	28
2.2.1	Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen	30
2.2.1.1	Normzweck und Bedeutung	30
2.2.1.2	Anwendungsbereich	33
2.2.1.3	Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung	36
2.2.1.4	Maßnahmen gleicher Wirkung	37
2.2.1.4.1	<i>Dassonville</i> -Entscheidung des EuGH	38
2.2.1.4.2	<i>Cassis de Dijon</i> -Entscheidung des EuGH.....	42
2.2.1.4.3	<i>Keck</i> -Entscheidung des EuGH	46
2.2.2	Ausnahmen bestimmter Verbote und Beschränkungen.....	48
2.2.2.1	Normzweck und Bedeutung	48
2.2.2.2	Schutz des geistigen Eigentums	54
2.2.2.3	Verhältnismäßigkeit	55
2.3	Zwischenergebnis	56
2.4	Lehre von Bestand und Ausübung.....	57
2.5	Zwischenergebnis	61
2.6	Lehre von dem spezifischen Gegenstand.....	62
2.7	Zwischenergebnis	64
2.8	Lehre von der wesentlichen Funktion	65

2.9	Zwischenergebnis.....	67
2.10	Die Lehre von der Erschöpfung.....	69
2.10.1	Grundsatz	70
2.10.2	Inverkehrbringen der Ware innerhalb der Europäischen Gemeinschaft.....	72
2.10.3	Territoriale Reichweite der Erschöpfungslehre	80
2.10.3.1	Nationale Erschöpfung.....	81
2.10.3.2	Weltweite Erschöpfung	82
2.10.3.3	Gemeinschaftsweite Erschöpfung.....	85
2.10.3.3.1	Nationales Markenrecht.....	85
2.10.3.3.2	Gemeinschaftsmarkenrecht	93
2.10.4	Zwischenergebnis.....	94
2.10.5	Inverkehrbringen der Ware außerhalb der Europäischen Gemeinschaft.....	95
2.10.5.1	Problemstellung	95
2.10.5.2	Stillschweigende Zustimmung	97
2.10.5.2.1	<i>Sebago</i> -Entscheidung des EuGH	98
2.10.5.2.2	<i>Davidoff</i> -Entscheidungen des High Court of Justice und des Scottish Court of Session.....	102
2.10.5.2.3	<i>Davidoff</i> -Entscheidung des EuGH	111
2.10.5.2.4	Analyse der <i>Davidoff</i> -Entscheidung des EuGH	118
2.10.6	Zwischenergebnis.....	121
3	Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im Spannungsverhältnis zu den nationalen markenrechtlichen Regelungen am Beispiel vertikaler Vertriebsbindungen.....	123
3.1	Einführung und Rechtlicher Rahmen	123
3.2	Kartellverbot und freier Warenverkehr	124
3.3	Kartellverbot und Schutz des geistigen Eigentums	126
3.4	Formen der Verhaltenskoordinierung.....	131
3.4.1	Vereinbarungen	131
3.4.2	Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.....	132
3.5	Der Relevante Markt.....	138

3.6	Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsvereinbarungen und territoriale Markenrechtsausübung	142
3.6.1	Vertikale Marktaufteilung	143
3.6.2	Selektive Vertriebssysteme.....	148
3.6.3	Selektiver Vertrieb und territoriale Markenrechtsausübung ...	152
3.6.4	Zwischenergebnis.....	156
3.7	Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsvereinbarungen und territoriale Markenrechtsausübung zur Abwehr von außereuropäischen Parallelimporten	157
3.7.1	Extraterritoriale Anwendung des Artikel 81 EG-Vertrag.....	158
3.7.2	Territoriale Markenrechtsausübung und Kartellverbot	159
3.7.2.1	<i>Javico</i> -Entscheidung des EuGH	162
3.7.2.2	Kritik an der <i>Javico</i> -Entscheidung des EuGH	165
3.7.2.3	Verhältnis zu der <i>Silhouette</i> -Entscheidung des EuGH.....	167
3.7.3	Zwischenergebnis.....	172
4	Ergebnis und Ausblick	174
5	Verzeichnis der Rechtsprechung	187
5.1	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs	187
5.2	Entscheidungen des Europäischen Gerichts Erster Instanz ..	199
5.3	Entscheidungen der Europäischen Kommission.....	199
5.4	Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofes	202
5.5	Entscheidungen des Gerichtshofs der Benelux-Staaten.....	202
5.6	Entscheidungen der deutschen Gerichte	202
5.7	Entscheidungen der englischen Gerichte	203
5.8	Entscheidungen der schottischen Gerichte.....	203
6	Verzeichnis der Literatur	203

1 Einführung

1.1 Problemstellung und Interessenlage

Ein Markenrecht wird grundsätzlich aufgrund einer nationalen Rechtsordnung verliehen. Dadurch entfaltet das Markenrecht eine territorial begrenzte Wirkung innerhalb des Geltungsbereichs derjenigen Rechtsordnung, aufgrund deren Bestimmungen das Recht verliehen wurde. Dies wird als Territorialitätsprinzip¹ bezeichnet. Entsprechend dieser territorialen Ausschließlichkeitswirkung wird eine nationale Abschottung ermöglicht. Dem Rechtsinhaber wird die Möglichkeit verliehen, die Märkte aufzuteilen, Preisdifferenzierungen aufrechtzuerhalten sowie den freien Verkehr der Waren innerhalb der Grenzen des Gemeinsamen Marktes zu beeinflussen. Es stellt sich damit die Frage, wie sich diese immanente Abschottungsmöglichkeit zu der Grundfreiheit des Warenverkehrs und dem Kartellverbot innerhalb der Europäischen Gemeinschaft² verhält, denn sowohl die

¹ Das Territorialitätsprinzip wird unten eingehend dargestellt

² Die europarechtliche Terminologie zeigt die Komplexität der Unionsarchitektur. Der Begriff der „Union“ steht einerseits für das gesamte Gebilde einschließlich der drei Gemeinschaften, der Europäischen Gemeinschaft, der Montanunion (EGKS) und der Euratomgemeinschaft (EAG), andererseits bezeichnet der Begriff im engeren Sinne das in Titel V und VI EU-Vertrag handelnde Rechtssubjekt. Der Maastrichter Unionsvertrag von 1992 änderte die Bezeichnung der „Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“ in „Europäische Gemeinschaft“. Dies führt zu einer Unterscheidung in zwei Ebenen: Im umfassenden Sinn bezeichnet „Union“ die Organisation, die die drei Gemeinschaften, die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) sowie die Polizeiliche und Justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJJS) umfaßt, weshalb von einem Tempelmodell oder Drei-Säulen-Modell gesprochen wird. Das die Europäischen Union konstituierende Recht und das von ihr und ihren selbständigen Bestandteilen gesetzte Recht ist das „Unionsrecht“. Zur Kennzeichnung der einzelnen Bestandteile dieser Organisation ist dann zu differenzieren. Die einzelnen Europäischen Gemeinschaften bestehen als Rechtssubjekte fort. Der Begriff der „Europäischen Union“ bezeichnet auf dieser terminologischen Ebene das nach Titel V oder VI EU-Vertrag handelnde Rechtssubjekt. Die drei supranationalen Gemeinschaften können unter dem Begriff „Europäische Gemeinschaften“ zusammengefaßt werden. „Gemeinschaftsrecht“ ist in diesem Zusammenhang der supranationale Bestandteil der Rechtsordnung, also das die drei Gemeinschaften konstituierende und das von ihnen gesetzte Recht. „Unionsrecht“ wird im engeren Sinne für das Recht der GASP und der PJJS verwendet. Im folgenden wird durchgängig der Begriff der „Europäischen Gemeinschaft“ gebraucht. Vgl. zum Ganzen: Calliess/Ruffert/Wichard, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV-, 2. Aufl., Art. 1 EG-Vertrag, Rdnr. 8, 26 f.; Herdegen, Europarecht, 5. Aufl., S. 40, Rdnr. 44; Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, 3. Aufl., Art. 3 EUV, Rdnr. 3 ff.; Streinz,

Warenverkehrsgrundsätze als auch das Kartellverbot bezwecken die Verhinderung solcher Abschottungs- und Aufteilungstendenzen. Der gemeinschaftsrechtliche Spannungszustand zwischen dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit, der nationale Handelshemmnisse grundsätzlich für unzulässig erklärt, und der Territorialität des nationalen Markenschutzes, die die Hauptursache für nationale Handelsschranken im innergemeinschaftlichen Handelsverkehr bildet, findet seine Ursache insbesondere in dem Vorbehalt einer mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz im Bereich des gewerblichen und kommerziellen Eigentums.³ Die Anwendung der Warenverkehrsfreiheit auf die nationalen Markenrechtsvorschriften wird als Vorgang der gemeinschaftsrechtlichen Integration nationaler Markenrechte gesehen und ist die gemeinschaftsrechtliche Legitimationskontrolle der mitgliedstaatlichen Handlungsziele.⁴ Das Verbot der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung und das Kartellverbot sind Determinanten des Marktgeschehens in der Europäischen Gemeinschaft. Zielsetzung ist die Erschaffung eines Europäischen Binnenmarkts mit freiem Warenverkehr und unverfälschtem Wettbewerb. In Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz⁵ verbürgen die Warenverkehrsfreiheit und die Wettbewerbsfreiheit dem Gemeinschaftsbürger als Wirtschaftssubjekt eine marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung in der Europäischen Gemeinschaft. Der Schutz der Markenrechte muß ein natürlicher Bestandteil einer solchen freiheitlichen Wirtschaftsordnung sein. Im Konflikt zu der Warenverkehrsfreiheit stehen hierbei die nationalen markenrechtlichen Regelungen, die selbst in einem Spannungsverhältnis von Privatnützigkeit und wirtschaftspolitischer Zielsetzung, von Ubiquität des Schutzgegenstandes und Territorialität der staatlichen Schutzgewährung stehen.

EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Art. 1 EUV, Rdnr. 7 ff.

³ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 70

⁴ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 70; Hefermehl/Ipsen/Schlupe/Sieben, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, S. 49, 164, 175 ff., 196 ff. m. w. N.

⁵ EuGH Rs. 1/72 *Rita Frilli gegen Belgischen Staat*, EuGHE 1972, I-457, 467

Grundsätzlich schränkt das Gemeinschaftsrecht in dreifacher Weise die Verwendung nationaler Markenrechte als Handelshindernisse ein. Erstens wird die Ausschließlichkeitswirkung des Territorialitätsprinzips durch Maßnahmen der Rechtsangleichung eingeschränkt. Als Beispiel sei hier die Markenrechts-Richtlinie⁶ genannt. Sinn und Zweck der Markenrechts-Richtlinie ist die Angleichung der unterschiedlichen nationalen Markenrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, um diejenigen Hemmnisse zu beseitigen, die das reibungslose Funktionieren des Gemeinsamen Marktes hindern und aus dem Vorliegen verschiedener nationaler Markenrechtsordnungen resultieren. Von besonderer Wichtigkeit für die Parallelhandelsproblematik ist Artikel 7 der Markenrechts-Richtlinie, der das Prinzip der Erschöpfung⁷ konstituiert. Danach erschöpft sich das Recht des Rechteinhabers, wenn er die Ware in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr bringt. Es wird die Möglichkeit des Markenrechtsinhabers eingeschränkt, seine Rechte dahingehend auszuüben, daß Dritte an der weiteren Verwertung markenrechtlich geschützter Waren gehindert werden können, gleich ob die Waren von dem Rechteinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht wurden. Zweitens sind nach Artikel 81 EG-Vertrag (ex-Artikel 85) Verträge über Markenrechte verboten, wenn ihnen wettbewerbsbeschränkende Abreden zugrunde liegen. Drittens rechtfertigen nach Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag (ex-Artikel 36) die Markenrechte keine verschleierte Beschränkungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Derartige Handelsbeschränkungen liegen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs aber dann vor, wenn der Markenrechtsinhaber

⁶ Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABL. vom 11. Februar 1989, L 040/1

⁷ Das Prinzip der Erschöpfung wird unten eingehend dargestellt

sich der Einfuhr von solchen Waren widersetzt, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden sind.⁸

Die Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Stellung des geistigen Eigentums im Gemeinschaftsrecht zeigt eine Schwerpunktverlagerung hin zu den Regelungen des freien Warenverkehrs. Wie sich im zweiten Teil der Arbeit zeigen wird, treten jedoch insbesondere bei der Verhinderung der Paralleleinfuhren aus Drittstaaten durch entsprechenden Abschluß restriktiver Vereinbarungen im Zusammenspiel mit der gezielten Ausübung nationaler Markenrechte Konstellationen auf, die mit Hilfe der Vorschriften über den freien Warenverkehr nicht zu lösen sind. Grund hierfür ist, daß die Freiverkehrsgrundsätze keine Anwendung finden, wenn mittels gezielter Ausübung nationaler Markenrechte Paralleleinfuhren aus außereuropäischen Drittstaaten verhindert werden.⁹ Auch der Europäische Gerichtshof schließt die Möglichkeit einer Abschottung des Gemeinsamen Marktes insgesamt im Wege eines Kartells von Unternehmen innerhalb des Gemeinsamen Marktes mit Wettbewerbern in Drittstaaten nicht aus.¹⁰

Diese Probleme treten insbesondere im Kontext des weltweiten Parallelhandels mit markenrechtlich geschützten Waren auf. Bei der Parallelhandelsproblematik kollidieren die divergierenden Interessen der Markenrechtinhaber einerseits und der Parallelhändler andererseits. Das Phänomen Parallelimport läßt sich auf einen Grundtypus reduzieren. International operierende Unternehmen sind im Zuge der Globalisierung auf vielen Märkten präsent. Internationales Marketing und weltweiter Warenverkauf gewinnen immer mehr an Bedeutung. Aus Sicht der Markenrechtinhaber führt eine Schwächung der markenrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte zu nachteiligen wirtschaftlichen Konsequenzen,

⁸ EuGH Rs. 55 und 57/80 *Musikvertrieb Membran gegen GEMA*, EuGHE 1981, 147

⁹ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913

¹⁰ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913, Rdnr 10, 22

wie etwa verminderten Investitionen in die Produktqualität.¹¹ Die Marken symbolisieren hierbei das Ansehen und den Ruf eines Produktes, den „good will“, signalisieren dem Konsumenten eine gleich bleibende Qualität und verhindern eine Irreführung zwischen den konkurrierenden Produkten. Die Marken sind Ausdruck der Herkunft des Produktes und der Werbung.¹² Regelmäßig ist der Hersteller einer Ware Inhaber des den Waren anhaftenden Markenrechts in den Ländern, in denen er seine Erzeugnisse über ein Vertriebssystem in den Verkehr bringt. Die gleichen Waren werden angesichts der auf den verschiedenen Märkten divergierenden Kaufkraft sowie der Steuerunterschiede und Wechselkursschwankungen auf den verschiedenen Märkten zu unterschiedlichen Preisen angeboten. Weiterhin spielen Kostengesichtspunkte, wie beispielsweise Produktqualität, Garantiebedingungen, Serviceleistungen, Arbeitskräfte, Mieten, Werbung und Marketing eine wichtige Rolle für den Preis einer Ware. Diese preislichen Unterschiede für bestimmte Waren auf verschiedenen Märkten, sowohl auf Einzelhandels-, als auch auf Großhandelsebene, eröffnen Gewinnmöglichkeiten für Parallelhändler. Diese kaufen angesichts der zwischen zwei Ländern erkannten Preisunterschiede die Erzeugnisse in einem Land zu einem niedrigeren Preis und importieren diese Waren „parallel“ zu dem vom Hersteller autorisierten Vertriebssystem in das Land, in dem die gleichen Produkte zu einem höheren Preis verkauft werden. Hierbei kann der Parallelhändler in einigen Fällen immer noch 20-50% günstiger als die im Vertriebssystem gebundenen Händler anbieten.¹³ Beispiele sind etwa Levi Jeans 501 in Großbritannien für GBP 30,00 anstelle GBP 49,00 oder Ralph Lauren Chino Shirts für GBP 35,00 anstelle GBP 75,00 sowie Gucci Sonnenbrillen

¹¹ National Economic Research Associates, Competition Brief, Silhouette – Shedding Light on Grey Imports, 1. September 2000

¹² Reindl, Intellectual Property and Intra-Community Trade, Fordham Int'l L.J. 1997, 819, 855

¹³ Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – Silhouette einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 752

für GBP 77,50 anstelle GBP 155,00.¹⁴ Der Markt außerhalb der autorisierten Vertriebssysteme wird auch als Graumarkt bezeichnet. Dieser ist von dem Schwarzmarkt streng zu unterscheiden. Der Schwarzmarkt betrifft die Produktpiraterie, also den Handel mit nachgeahmter oder gefälschter Ware, was eine Verletzungshandlung darstellt, die markenrechtlich unterbunden werden kann. Güter des grauen Marktes hingegen sind Originalwaren, die über nicht autorisierte Vertriebswege in direktem Wettbewerb mit autorisierten Vertriebshändlern gehandelt werden. Die Waren des grauen Marktes werden entweder aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft importiert oder aus außereuropäischen Drittländern und lassen sich unterteilen in „nicht willentlich auf den Markt gebrachte Waren“ und „Waren aus Überschußverkäufen“. Unter „nicht willentlich auf den Markt gebrachte Waren“ sind solche Produkte zu verstehen, die zum autorisierten Verkauf auf einem ausgewählten Markt bestimmt sind, dann aber in ein anderes Land umgeleitet werden und dann in direktem Wettbewerb mit den autorisierten Vertriebshändlern auf diesem Markt stehen.¹⁵ Die Waren aus Überschußverkäufen werden von einem autorisierten Händler oder dem Hersteller selbst auf den Markt gebracht, die einen zu hohen Lagerbestand haben oder es sich hierbei um Auslaufmodelle handelt. Einen Unterfall der Parallelimporte stellen die sogenannten Reimporte dar. Hier erfolgt das erstmalige Inverkehrbringen einer Ware im Inland, häufig im Europäischen Binnenmarkt. Auf den anschließenden Export dieser Waren folgt der Reimport in das Land des erstmaligen Inverkehrbringens. Die Ausführungen zu den Parallelimporten finden regelmäßig auch auf die Reimporte entsprechende Anwendung.

¹⁴ weitere Nachweise bei: Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – Silhouette einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 752

¹⁵ Swanson, Combating Gray Market Goods in a Global Market: Comparative Analysis of Intellectual Property Laws and Recommended Strategies, Houston Journal of International Law 2000, 327, 328

Die Markenrechte verleihen dem Inhaber das ausschließliche Recht, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben. Dies darf jedoch nicht gleichgesetzt werden mit den Handlungsmöglichkeiten eines Monopolisten auf einem bestimmten Markt. Insbesondere im Kartellrecht ist hierbei eine Untersuchung des Marktes in Bezug auf solche Waren notwendig, die der Konsument als Ersatz die jeweils andere Ware ansieht. Das Ausmaß, zu dem der Konsument das Markenprodukt erwerben möchte und nicht ein Ersatzprodukt, ist häufig schwierig zu bestimmen und hängt in Bezug auf „bekannte“ Marken oft von dem Effekt einer wiederholten Werbung ab.¹⁶ Ein hoher Bekanntheitsgrad einer Marke erfordert langjährige und kostenintensive Werbeaufwendungen.

Verständlicherweise erwarten die Hersteller für die Investitionen in den Bekanntheitsgrad ihrer Marke eine Kompensation in Form eines Verbotungsrechts gegenüber jedem nicht autorisierten Benutzer ihrer Marke. Es liegt im Interesse der Hersteller bzw. Markenrechtsinhaber eine möglichst umfassende Kontrolle des Vertriebs der markierten Waren zu erlangen. Es stellt sich für den Markenrechtsinhaber die Frage, ob er sich, gestützt auf sein Markenrecht, gegen den Parallelhandel mit seinen Markenprodukten zur Wehr setzen kann? Der Handel mit Graumarktwaren stellt eine signifikante Gefahr für multinational operierende Unternehmen dar. Im Zuge der fortschreitenden Globalisierung ist es bei multinational agierenden Unternehmen regelmäßig ohne Belang, in welchem Land die Markenwaren produziert werden. Die Vertriebsbindungssysteme der Markenrechtsinhaber genießen nur in wenigen Rechtsordnungen einen ausreichenden Schutz, so daß sich auf diese Weise der Parallelhandel nicht unterbinden läßt. Aus diesem Grund versuchen die Rechtsinhaber durch die territorial gezielte Ausübung der den Graumarktwaren anhaftenden Markenrechte den Parallelhandel zu unterbinden.

¹⁶ Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 4. Aufl., Rdnr. 1-45

Aus Sicht der Parallelhändler müssen die markenrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte restriktiv gehandhabt werden. Die, aus der von den Markenrechtsinhabern bzw. Herstellern praktizierten Vertriebskontrolle folgende, internationale Preisdifferenzierung stellt eine Diskriminierung dar, denn es werden für identische oder ähnliche Waren derart divergierende Preise berechnet, die nicht das tatsächliche Verhältnis zwischen den Kosten dieser Produkte widerspiegeln.¹⁷ Die Parallelhändler verweisen auf die Interessen der Konsumenten, die die bestmögliche Leistung des Herstellers zu dem geringstmöglichen Preis erwerben möchten. Gerade diesem Interesse werden die parallelimportierten Originalerzeugnisse gerecht. Eine restriktive Handhabung der ausschließlichen Markenrechte eröffnet die Möglichkeit, Waren auch aus Ländern wie den USA oder Asien zu importieren, in denen Preise für bestimmte Waren weit unter denen in Europa liegen.¹⁸ Des weiteren ist eine derartige Preisdifferenzierung nicht im Interesse eines unbeschränkten Wettbewerbs und fördert in keiner Weise die Liberalisierung des Welthandels.

Aus diesen widerstreitenden Interessen resultiert die folgende, in der Praxis regelmäßig auftretende, Konstellation: Auf der einen Seite steht der Markenrechtsinhaber, der sich auf seine im Bestand von Artikel 295 EG-Vertrag¹⁹ geschützten ausschließlichen Markenrechte beruft, deren Ausübung zur Vertriebskontrolle in bestimmten Grenzen zulässig ist. Auf der anderen Seite steht der Parallelhändler, der die markierten Waren außerhalb der autorisierten Vertriebssysteme unter Berufung auf die Grundsätze des freien Warenverkehrs und der Gewährleistung eines ungehinderten Wettbewerbs vertreibt. In der Mitte zwischen diesen widerstreitenden Interessen finden sich die Europäische Kommission, das

¹⁷ Rothnie, Parallel Imports, S. 567

¹⁸ National Economic Research Associates, Competition Brief, Silhouette – Shedding Light on Grey Imports, 1. September 2000

¹⁹ Artikel 295 EG-Vertrag (ex-Artikel 222)

Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Siehe hierzu näher unten bei dem Gliederungspunkt „Lehre von Bestand und Ausübung“

Europäische Gericht erster Instanz und der Europäische Gerichtshof, die in ihren Entscheidungen und Urteilen eine Lösung der Frage zu finden versuchen, inwieweit die Markenrechtsinhaber den Parallelhandel mit Waren, die von ihnen selbst oder mit ihrer Zustimmung in den Verkehr gebracht wurden, unterbinden können. Die gezielte Ausübung der nationalen Markenrechte erzeugt hierbei einen andauernden Konflikt zu der Grundfreiheit des Warenverkehrs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und zu dem gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot. Eng verknüpft mit dieser Problemstellung ist die Frage, ob und inwieweit internationale Marktsegmentierungen und damit verbundene Preisdiskriminierungen zwischen den einzelnen Ländern ökonomisch berechtigt sind. Die enge Verknüpfung von Warenverkehrsfreiheit, Kartellrecht und nationalen Markenrechten mit ökonomischen Fragestellungen anerkennen auch namhafte Autoren. Professor Wish schreibt in seinem Standardwerk zum Kartellrecht: *„Competition law is about economics and economic behaviour, and it is essential for anyone involved in the subject [...] to have some knowledge of the economic concepts concerned“*.²⁰ Professor Cornish mahnt in seinem viel zitierten Buch zum Geistigen Eigentum: *„No serious student of intellectual property law can today afford to ignore the economic arguments for and against the maintenance of these rights.“*²¹

Nachfolgend werde die Grundfreiheit des Warenverkehrs, das Kartellrecht, das Territorialitätsprinzip sowie die relevanten Grundlagen des deutschen Markenrechts kurz im Überblick dargestellt, bevor ausführlich die aufgeworfenen Fragestellungen behandelt und beantwortet werden.

²⁰ Wish, Competition Law, 4. Aufl., S. 1

²¹ Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 4. Aufl., Rdnr. 1-39

1.2 Grundfreiheit des Warenverkehrs

Die vier Grundfreiheiten, die im zweiten Teil des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft²² normiert sind, sind die Funktionsbedingungen des Gemeinsamen Marktes der Europäischen Gemeinschaft: Die Freiheit des Warenverkehrs, die Freizügigkeit der Gemeinschaftsbürger, die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und die Freiheit des Kapitalverkehrs. In Artikel 3 EG-Vertrag werden die verschiedenen Tätigkeitsbereiche der Europäischen Gemeinschaft zur Erfüllung der ihr nach Artikel 2 EG-Vertrag übertragenen Aufgaben bestimmt. Es wird in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c EG-Vertrag das im Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen konkretisierte Binnenmarktprinzip konstituiert.²³

Durch Artikel 28 EG-Vertrag (ex-Artikel 30) wird im Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft grundsätzlich jede mengenmäßige Einfuhrbeschränkung und Maßnahme gleicher Wirkung untersagt. Der Begriff der „Maßnahme gleicher Wirkung“ wird entsprechend der Entscheidung *Dassonville*²⁴ und hierin herausgearbeiteten *Dassonville*-Formel, auf die unten detailliert eingegangen wird, weit ausgelegt und umfaßt jede Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.²⁵ Durch territorial gezielte Ausübung nationaler Markenrechte zweier Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft kann der freie Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden.²⁶ Die Territorialität des nationalen Markenschutzes in den jeweiligen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft birgt damit einen immanenten Konflikt zu dem Grundsatz des freien Warenverkehrs. Die territoriale Gebundenheit der Markenrechte

²² Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957, BGBl. 1957 II S. 753, 766

²³ Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 24, Rdnr. 8

²⁴ EuGH Rs. 8/74 *Staatsanwaltschaft gegen Benoit und Gustave Dassonville*, EuGHE 1974, 837

²⁵ Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 24, Rdnr. 8

²⁶ Reindl, Intellectual Property and Intra-Community Trade, Fordham Int'l L.J. 1997, 819

ermöglicht es dem Markenrechtsinhaber, sich der Einfuhr solcher Waren, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht wurden, unter Berufung auf das Markenrecht im Einfuhrstaat zu widersetzen.²⁷ Dies ist insbesondere dann von großem Interesse, wenn sich für eine bestimmte Ware auf den verschiedenen nationalen Märkten der Europäischen Gemeinschaft unterschiedlich hohe Preise erzielen lassen, was regelmäßig auf der unterschiedlich hohen Kaufkraft oder auf staatlich reglementierten Preisen, etwa im Arzneimittelsektor, beruht.²⁸ Im Sinne der *Dassonville*-Formel stellt das markenrechtliche Territorialitätsprinzip dann eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ dar. Über Artikel 30 Satz 1 EG-Vertrag (ex-Artikel 36) sind Handelsbeschränkungen aufgrund des gewerblichen und kommerziellen Eigentums, also auch des Markenrechts, gerechtfertigt, jedoch darf nach Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag die Berufung auf das Markenrecht kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Dieses Spannungsverhältnis findet seinen Ursprung in der Zuständigkeitsaufteilung zwischen den Organen der Europäischen Gemeinschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten. Das Recht der Europäischen Gemeinschaft hat die nationalen Markenrechte schon immer als eine Gefährdung des Binnenmarktziels angesehen. Die warenverkehrsrechtlichen und kartellrechtlichen Regelungen zielen primär auf die Eindämmung des den nationalen Markenrechten innewohnenden Marktabschottungspotentials. Die Notwendigkeit des Schutzes von geistigem Eigentum, wie etwa der Beitrag zur Innovationsförderung oder Marketingaufwendungen, genießt seit jeher weniger Aufmerksamkeit auf europäischer Ebene als der Grundsatz des freien Warenverkehrs und des Kartellverbots.

²⁷ Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 24, Rdnr. 8

²⁸ Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 24, Rdnr. 8

1.3 Gemeinschaftsrechtliches Kartellverbot

Es wird von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG-Vertrag ein System gefordert, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Das Ziel des unverfälschten Wettbewerbs steht in engem Zusammenhang mit dem Gebot des Artikel 2 EG-Vertrag, eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu fördern. Der unverfälschte Wettbewerb setzt voraus, daß auf dem Markt ein wirksamer Wettbewerb vorhanden ist.²⁹ Es muß also so viel Wettbewerb vorhanden sein, daß die grundlegenden Forderungen des EG-Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden.³⁰

Zunächst ist zwischen Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb zu unterscheiden. Erstgenannter ist der Wettbewerb „innerhalb der Marke“, Letztgenannter bezeichnet den Wettbewerb zwischen den konkurrierenden Produkten in dem jeweils relevanten Markt. Innerhalb des Gemeinsamen Marktes wird durch die Verwendung von Vertriebssystemen ein andauernder Konflikt zu dem Kartellverbot des Artikels 81 EG-Vertrag erzeugt. Die Unterbindung des Parallelhandels durch gezielte Ausübung der Markenrechte verhindert in dem betroffenen relevanten Markt eine Zunahme des Intrabrand-Wettbewerbs. Es entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse der Hersteller und Rechteinhaber, Gewinne zu erwirtschaften und gleichzeitig die Marke vor Verwässerung zu schützen sowie dem Interesse der ausgeschlossenen (Parallel-) Händler, mit den markierten Produkten beliefert zu werden, um am Wettbewerb teilnehmen zu können. Generell läßt sich sagen, daß Vertriebssysteme in dem Maße zu einer Abschwächung des Intrabrand-

²⁹ Calliess/Ruffert/Ukrow, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV-, 2. Aufl., Art. 3 EG-Vertrag, Rdnr. 11

³⁰ Calliess/Ruffert/Ukrow, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV-, 2. Aufl., Art. 3 EG-Vertrag, Rdnr. 11

Wettbewerbs führen, wie die Anzahl der zum Vertrieb zugelassenen Händler reduziert wird.³¹ Vor allem Vertriebssysteme, die zu quantitativen Beschränkungen führen, stellen eine wesentliche Einschränkung des Preiswettbewerbs dar.³² Auf der anderen Seite werden regelmäßig Beschränkungen des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs zu einer Verstärkung des Interbrand-Wettbewerbs führen.³³ Des Weiteren führt der selektive Vertrieb zu einer Verstärkung des Qualitätswettbewerbs innerhalb der Marke.³⁴ Die Wünschbarkeit des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs im Zusammenhang mit den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wird im Rahmen der herrschenden Wettbewerbstheorien unterschiedlich beurteilt. Derartige Wettbewerbsbeschränkungen werden von der „Chicago-Schule“ grundsätzlich zugelassen, denn man verspricht sich von vertikalen Vereinbarungen insgesamt einen Wohlfahrtsgewinn durch die Minimierung der Transaktions- und Organisationskosten der Hersteller und der Vermeidung der Trittbrettfahrer-Problematik, dem „free-riding“, bei dem andere, regelmäßig nicht autorisierte Händler von den Marketingbemühungen des Herstellers und Markenrechtsinhabers profitieren.³⁵ Konträr hierzu wird argumentiert, daß ein funktionsfähiger Wettbewerb den Schutz sowohl des Inter- als auch des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs voraussetzt. Die „Harvard-Schule“ hat ursprünglich vertikale Exklusivverträge als Substitut für horizontale Absprachen angesehen und diese aufgrund ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung abgelehnt.³⁶

³¹ Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. B 181

³² Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. B 181

³³ 85/616/EWG Entscheidung der Kommission *Villeroy & Boch*, ABL. 1985, L 376/15, Rdnr. 33

³⁴ EuGH Rs. 107/82 *AEG-Telefunken AG gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1983, 3151, Rdnr. 42

³⁵ Calliess/Ruffert/Weiß, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 81 EGV-Vertrag, Rdnr. 191 f.; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 259; Grabitz/Hilf/Stockenhuber, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 81 EGV, Rdnr. 131; Immenga/Mestmäcker/Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, GRUR, B I, Rdnr. 19 ff.; Joerges, Selektiver Vertrieb und Wettbewerbspolitik: Eine konzeptionelle Analyse der Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof zu Art. 85 EGV-Vertrag, GRUR Int. 1984, 222, 224 f.

³⁶ Lane, EC-Competition Law, S. 12

Nachfolgend hat die „Harvard-Schule“ die Trittbrettfahrer-Problematik zwar grundsätzlich anerkannt, allerdings deren tatsächliche Bedeutung angezweifelt.³⁷ Einigkeit herrscht lediglich über die Art der betreffenden Produkte, mit denen ein florierender Parallelhandel getrieben wird. Vorwiegend handelt es sich hier um technisch hochwertige Erzeugnisse, Luxus- und Prestigeprodukte sowie Arzneimittel, also allesamt Waren, die unter einer Marke vertrieben werden.³⁸

Die kartellrechtlichen Regelungen der Artikel 81 ff. EG-Vertrag sollen ein System unverfälschten Wettbewerbs gewährleisten und damit allen Marktbürgern die gleichen Wettbewerbsbedingungen gewähren. Die in Artikel 28 und 30 EG-Vertrag manifestierten Regelungen zur Warenverkehrsfreiheit richten sich an die einzelnen Mitgliedstaaten und erfassen deren staatliches Handeln. Hingegen richtet sich das Kartellrecht an Unternehmen und deren Marktverhalten. Einerseits finden sich viele Gemeinsamkeiten zwischen diesen beiden rechtssystematisch zu trennenden Normkomplexen, andererseits dürfen die Unterschiede nicht verwischt werden. Handelsbeschränkungen, die mit Hilfe der Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit abgebaut wurden, dürfen nicht über eine beschränkende Einflußnahme auf den Wettbewerb wieder errichtet werden. Daraus folgt die selbständige Anwendbarkeit der Warenverkehrsvorschriften und des Kartellrechts nebeneinander. Ein gesetzestechnisches Rangverhältnis im Wege einer Normenkonkurrenz besteht nicht. Trotzdem sind sachliche Wechselwirkungen festzustellen, so daß es gerechtfertigt und geboten erscheint, bei der Auslegung der Normbereiche von einer Parallelwertung zwischen Warenverkehrsrecht und Kartellrecht auszugehen.³⁹ Ziel einer solchen Parallelwertung ist die Angleichung der sich infolge von Zuständigkeitsaufteilungen ergebenden

³⁷ Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – Silhouette einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 752; Cornish, Trade Marks: Portcullis for the EEA?, EIPR 1998, 172, 173

³⁸ Rothnie, Parallel Imports, S. 570 ff. m. w. N.; bei Arzneimitteln spielt regelmäßig auch das Patentrecht eine große Rolle

³⁹ Hefermehl/Ipsen/Schlupe/Sieben, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, S. 102 ff.

Spannungslagen zwischen Warenverkehrsfreiheit und ungehindertem Wettbewerb, soweit dies gemeinschaftsrechtlich geboten und mitgliedstaatlich möglich erscheint.⁴⁰ Der sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten in einer europäischen Marktwirtschaft ergebende natürliche Zusammenhang und die bestehenden Wechselwirkungen zwischen Warenverkehrsrecht und Kartellrecht rechtfertigen den Rückgriff auf gemeinsame Beurteilungsmaßstäbe.⁴¹

Wird der wettbewerbsbeschränkende Zweck einer Vereinbarung mit Hilfe der Begründung, Übertragung oder Ausübung eines Markenrechts verfolgt, so findet Artikel 81 EG-Vertrag Anwendung. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das Schutzrecht in den Dienst eines absoluten Gebietsschutzes gestellt wird. Liegt kein wettbewerbsbeschränkender Zweck vor, so ist zu entscheiden, ob die Vereinbarung oder die Verhaltensweise zur sachgemäßen Ausübung des Markenrechts gehört. Das Territorialitätsprinzip verleiht dem Markenrechtsinhaber ein Marktordnungsrecht für den grenzüberschreitenden Verkehr mit den Markenwaren, wodurch ein Spannungsverhältnis zu dem gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot entsteht.

1.4 Territorialitätsprinzip der nationalen Markenrechte

Das Prinzip der Territorialität kennzeichnet das gesamte Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, denn die Immaterialgüterrechte, wie etwa das Recht an einer Marke, wirken zunächst nur national. Dies begründet sich letztlich auf dem völkerrechtlichen Gedanken, daß die Gesetzgebungskompetenz eines nationalen Gesetzgebers an dessen

⁴⁰ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 65

⁴¹ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 65

Landesgrenzen aufhört.⁴² Das Territorialitätsprinzip besagt, daß Kennzeichen, die aufgrund einer nationalen Markenrechtsordnung verliehen werden, auch nur in dem jeweiligen Land Schutz genießen, nach dessen Rechtsordnung sie verliehen werden.⁴³ Wirkliche Ausnahmen zu dem Grundsatz der Territorialität bestehen nicht. Auch bei der Gemeinschaftsmarke auf Grundlage der Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMVO)⁴⁴ ist letztlich bloß das Schutzzterritorium vergrößert. Der Schutzzumfang endet entsprechend dem Territorialitätsprinzip an den Außengrenzen der Europäischen Gemeinschaft.

Ein Markenrecht begründet für seinen Inhaber ein subjektives Recht an den geschützten Waren oder Dienstleistungen. Dazu gehört das Recht zum Gebrauch und rechtsgeschäftlicher Verwertung unter Ausschluß Dritter. Die rechtsgeschäftliche Verwertung kann sich hierbei durch Übertragung oder Verpfändung auf das Recht als solches beziehen oder sie besteht in der Einräumung von zeitlich, räumlich oder umfänglich beschränkten Nutzungsrechten, sogenannten Lizenzen. Immaterialgüterrechte belohnen geistige Leistung und schaffen wirtschaftlich Voraussetzungen dafür, daß es sich lohnt, derartige Leistungen zu erbringen und daß sich Märkte für solche „property rights“ und die von ihnen geschützten Gegenstände bilden können. Auf diesen Märkten kann der Rechtsinhaber die Ausschließlichkeitsrechte im Wettbewerb nutzen, wodurch ein Spannungsverhältnis zu den Kartellrechtsnormen entsteht.⁴⁵

Das Markenrecht beruht auf der staatlichen Gesetzgebung und ist deshalb in seiner Geltung grundsätzlich auf das jeweilige staatliche Territorium beschränkt. Aus der Verbindung der Nationalität der Rechte mit ihren

⁴² Hasselblatt, Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, § 1, Rdnr. 30

⁴³ Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., Einl., Rdnr. 15

⁴⁴ Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABL. 1994, L 11/1, in Kraft seit 15. März 1994

⁴⁵ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26, Rdnr. 1

grenzüberschreitenden Wirkungen entsteht das Spannungsverhältnis von subjektiven Rechten und Freihandel, das die Entwicklung der Schutzrechtssysteme von Anfang an begleitet hat.⁴⁶ Das Interesse an einem internationalen, möglichst wirksamen Schutz des geistigen Eigentums trat in Folge von Gewerbefreiheit und Freihandel im 19. Jahrhundert nachhaltig hervor. Diesem Rechtsschutzinteresse der Rechtsinhaber entsprachen die wirtschaftlichen Interessen der Staaten an der Förderung von Innovation und Handel.⁴⁷

Das Territorialitätsprinzip, das durch die Anknüpfung an das Recht des Schutzlandes gekennzeichnet ist, hat sich als besonders geeignet erwiesen, im Rahmen multinationaler Konventionen die Koexistenz verschiedener Schutzrechtssysteme zu ermöglichen. Den Ausgangspunkt des Territorialitätsprinzips bildeten die nationalen Rechtsentwicklungen in Analogie zu der Belegenheit von Sachen.⁴⁸ Die Geltung und die Einheit des Rechts in einem bestimmten Raum tragen zur Rationalisierung der Rechtsfindung bei, denn sie klären, welche Normen anwendbar sind, erleichtern die Kenntnis der Gesetze, minimieren Kollisionsprobleme und erhöhen die Rechtssicherheit.⁴⁹ Bezüglich des Markenrechts weist das Territorialitätsprinzip die Entscheidung über die Entstehung, die Übertragung, Verwertung und den Untergang des Rechts dem Schutz gewährenden Land zu. Unerheblich sind grundsätzlich die Nationalität und der Wohnsitz des Rechtsinhabers, wobei gegen die Diskriminierung der ausländischen Staatsangehörigen das Prinzip der Inländergleichbehandlung schützt.⁵⁰ Aus dem Territorialitätsprinzip folgt, daß ein Rechtsinhaber, der markenrechtlichen Schutz außerhalb des Ursprungslandes erwerben will, diesen nur über eine parallele Schutzrechtsanmeldung im Ausland erlangen kann.

⁴⁶ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26, Rdnr. 3

⁴⁷ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26, Rdnr. 3

⁴⁸ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26, Rdnr. 4

⁴⁹ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26, Rdnr. 4

⁵⁰ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26, Rdnr. 4

Durch das Territorialitätsprinzip und den sich darauf begründenden, national selbständigen Schutzrechten werden die Markenrechtsinhaber in die Lage versetzt, Marktstrategien auf der Grundlage getrennter nationaler Märkte zu entwickeln. Das Binnenmarktpinzip der Europäischen Gemeinschaft steht in einem Spannungsverhältnis zu dem markenrechtlichen Territorialitätsprinzip, denn aufgrund nationaler Marken zweier Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft kann durch die territorial gezielte Ausübung der Verbotsrechte der jeweils anderen Markenrechtsordnung der freie Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden.⁵¹ Diese territoriale Selbständigkeit der nationalen Schutzrechte hat zur Folge, daß Waren, die in einem Land von dem Rechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht wurden, nicht ohne seine Zustimmung in ein solches Land importiert werden dürfen, in dem für den Rechtsinhaber identische Markenrechte bestehen. Die territoriale Selbständigkeit der nationalen Schutzrechte bewirkt, daß der unlizenzierte Parallelimport von Waren, die im Ausland rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden, grundsätzlich von dem Markenrechtsinhaber mit dem Argument des Eingriffs in sein nationales Markenrecht im Einfuhrstaat untersagt werden kann.⁵² Aufgrund des Territorialitätsprinzips können durch die gezielte Markenrechtsausübung territorial getrennte Vertriebssysteme für Waren, die durch parallele Markenrechte geschützt sind, aufrecht erhalten werden. Die Trennung der Märkte ermöglicht die gezielte Ausnutzung verschiedener Preisniveaus in den jeweiligen Staaten, mithin also eine Politik der Preisdifferenzierung, die wiederum ein Spannungsverhältnis zu dem gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot erzeugt.⁵³ Vom Grundsatz her verleiht das Territorialitätsprinzip dem Markenrechtsinhaber ein Marktordnungsrecht für den grenzüberschreitenden Verkehr mit den markierten Waren. Im Kontext des weltweiten Parallelhandels ist zu untersuchen, wie sich dieser Grundsatz zu den warenverkehrsrechtlichen

⁵¹ Reindl, Intellectual Property and Intra-Community Trade, Fordham Int'l L.J. 1997, 819

⁵² Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26, Rdnr. 9

⁵³ Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – Silhouette einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 752

Regelungen und dem Kartellverbot verhält und wie hierbei zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und Drittstaaten zu unterscheiden ist.

Ausgehend vom Recht der Europäischen Gemeinschaft ist im Einzelfall das Spannungsverhältnis zwischen der von dem Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft als erstrangige Ziele hochgehaltenen Freiheit des Warenverkehrs und Schutz des ungehinderten Wettbewerbs gegenüber den legitimen Schutzanforderungen wohlerworbener nationaler Markenrechte, denen aufgrund der Territorialität der Schutzrechte das Potential innewohnt, einzelne Märkte voneinander abzuschotten, aufzulösen. Anhand der im Rahmen der Grundfreiheit des Warenverkehrs und der Wettbewerbsregel des Kartellverbots bezüglich des Verhältnisses zu den nationalen markenrechtlichen Regelungen ergangenen Entscheidungen der Europäischen Kommission, des Gerichts erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofs werden in dieser Arbeit die verschiedenen Modelle zur Lösung der beschriebenen Spannungsverhältnisse dargestellt. Die Lösungsmodelle zeigen jeweils die schwierige Abwägungsproblematik zwischen der Warenverkehrsfreiheit und dem Kartellverbot im Verhältnis zu den ausschließlichen markenrechtlichen Regelungen auf und stellen an geeigneter Stelle jeweils einen Bezug zu der Parallelhandelsproblematik her, wobei im ersten Teil der Arbeit der innergemeinschaftliche Parallelhandel beleuchtet wird, im zweiten Teil daneben auch vertieft auf den Parallelhandel mit Drittstaaten außerhalb der Europäischen Gemeinschaft eingegangen wird. Auch wird die Frage beantwortet, ob und in welchem Umfang die nationalen Markenrechte zum Zwecke der Marktabschottung ausgeübt und bis zu welchem Maß dadurch der freie Warenverkehr behindert und der Wettbewerb beschränkt werden kann. Insbesondere wird der Frage nachgegangen, ob die Warenverkehrsfreiheit und das Kartellverbot die Schranken der berechtigten Markenrechtsausübung darstellen oder ob die

Warenverkehrsfreiheit und das Kartellverbots durch die berechnigte Markenrechtsausübung beschränkt werden und diese deren unvermeidliche Grenzen im Gemeinsamen Markt aufzeigt. Vorangestellt werden kurz die Grundlagen des deutschen Markenrechts im Zusammenhang mit der Problematik des Parallelhandels.

1.5 Grundlagen des deutschen Markenrechts im Zusammenhang mit der Problematik des Parallelhandels

Das deutsche Markenrecht bestimmt, daß jemand, der im geschäftlichen Verkehr Waren, die vom Markenrechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung gekennzeichnet und in den Verkehr gebracht worden sind, unter der Marke weitervertriebt, also anbietet, umsetzt, importiert exportiert, Werbung dafür betreibt, etc. an sich nach § 14 Absatz 2 MarkenG den Tatbestand der Markenverletzung erfüllt und damit auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann. Es wird entsprechend § 14 Absatz 2 Nummer 1 MarkenG die fremde Marke für eine identische Ware benutzt.⁵⁴ Ähnlich verhält es sich, wenn die Ware vom Markeninhaber zwar nicht mit seiner Marke, jedoch mit einem verwechslungsfähigen Zeichen, beispielsweise mit einer, mit der inländischen Marke verwechslungsfähigen, ausländischen Marke gekennzeichnet wurde. Insoweit verstößt der Weitervertrieb gegen § 14 Absatz 2 Nummer 2 MarkenG.⁵⁵ Trotzdem wäre es in solchen Fällen verfehlt, dem Markenrechtsinhaber die Möglichkeit zu eröffnen, gegen den Weitervertrieb einzuschreiten, denn diesem würde ein Instrument in die Hand gegeben, mit dem er den Vertriebsweg der Ware bis hin zum Endverbraucher vollständig kontrollieren kann. Dies würde weit über den Zweck des durch die Marke vermittelten Ausschließlichkeitsrechts hinausgehen, der nach § 3 Absatz 1 MarkenG grundsätzlich darin besteht,

⁵⁴ BGH *Sermion II*, GRUR 1997, 629, 631

⁵⁵ OLG Frankfurt *Unordentliche Bündelpackung*, WRP 1998, 629, 632; OLG Frankfurt *Erschöpfung der Ausstattungsmarke*, GRUR 2001, 1068, 1069

die Waren des Markeninhabers im Wettbewerb von denen der Konkurrenten unterscheidbar zu machen und entsprechend der Herkunftsfunktion einer Marke sicherzustellen, daß die mit der Marke gekennzeichneten Waren unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt wurden, das für die Qualität der Waren verantwortlich gemacht werden kann.⁵⁶ Es ist deshalb in der Rechtsprechung und Literatur seit langem anerkannt, daß sich die Ausschließlichkeitsrechte des Markeninhabers im Hinblick auf die konkreten Warenstücke, die von ihm oder mit seiner Zustimmung unter seiner Marke in den Verkehr gebracht wurden, mit diesem Inverkehrbringen grundsätzlich erschöpfen, so daß der Vertrieb auf den weiteren Handelsstufen für Dritte markenrechtlich frei wird.⁵⁷ Im deutschen Markenrecht ist dies in § 24 Absatz 1 MarkenG normiert. Anders kann es sich verhalten, wenn die Ware nach dem Inverkehrbringen seitens Dritter unter Beibehaltung der Marke einer Veränderung unterzogen wurde, so daß die Qualitätskontrolle durch den Markeninhaber nicht mehr gewährleistet ist. Dies ist im deutschen Markenrecht in § 24 Absatz 2 festgelegt. Auf europäischer Ebene hat der Europäische Gerichtshof die Lehre von der Rechterschöpfung aus dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit gemäß Artikel 28 und 30 EG-Vertrag hergeleitet. Das Erschöpfungsprinzip wurde dann in Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie festgeschrieben. Auf die Lehre von der Rechterschöpfung wird unten näher eingegangen.

⁵⁶ Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 24, Rdnr. 4; EuGH Rs. 39/97 *Canon Kubushiki Kaisha gegen Metro-Goldwyn-Mayer Inc.*, EuGHE 1998, I-5507 = GRUR 1998, 922, 924

⁵⁷ BGH *Maja*, BGHZ 41, 84; BGH *Cinzano*, BGHZ 60, 185

2 Die Grundfreiheit des Warenverkehrs im Spannungsverhältnis zu den nationalen markenrechtlichen Regelungen

2.1 Problemstellung

In den nationalen Rechtsordnungen sind Rechtsschutzmöglichkeiten für den Inhaber eines Markenrechts vorgesehen, mit denen dieser Einfuhren, namentlich den Parallelhandel, durch Unterlassungsansprüche mit der Wirkung von Einfuhrverboten oder Vertriebsverboten verhindern kann.⁵⁸

Es kann sich als Warenverkehrshindernis auf dem Gemeinsamen Markt auswirken, wenn sich das Recht eines Markenrechtsinhabers nach der nationalen Rechtslage mit dem Vertrieb eines markierten Erzeugnisses in einem anderen Mitgliedstaat nicht erschöpft, sondern es dem Inhaber gestattet bleibt, die Einfuhr des in einem anderen Staat in den Verkehr gebrachten Erzeugnisses in seinen Heimatstaat zu unterbinden. Eine derartige Einfuhrbeschränkung ist infolge der einzelstaatlichen legislativen Schutzausgestaltung sowie der judikativen Schutzgewährung als staatlich zurechenbar anzusehen.⁵⁹ Zur Lösung des Spannungsfeldes zwischen der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Freiheit des Warenverkehrs und den nationalen markenrechtlichen Regelungen wurden verschiedene Begründungsmodelle entwickelt. Die überwiegende Mehrzahl der hierzu ergangenen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs betreffen Markenrechtsverletzungen aufgrund des Vertriebs einer Ware in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft, die *prima facie* in den Bereich der Monopolstellung des Ausschließlichkeitsrechts und den innergemeinschaftlichen Handel fallen. Im Hinblick auf den durch Artikel 28 EG-Vertrag⁶⁰ gewährleisteten freien Warenverkehr stellt sich die Frage, ob und inwieweit der beanspruchte Schutz gegen Einfuhren nach Artikel 30 EG-Vertrag⁶¹ gerechtfertigt ist. Diese Frage muß durch eine Abwägung

⁵⁸ Im deutschen Markenrecht: §§ 14 ff. MarkenG

⁵⁹ Groeben/Schwarze/Müller-Graff, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Artikel 28 EG, Rdnr. 149

⁶⁰ Artikel 28 EG-Vertrag (ex-Artikel 30) [Einfuhrbeschränkungen]: Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

⁶¹ Artikel 30 EG-Vertrag (ex-Artikel 36) [Ausnahmen]:

zwischen dem aus dem nationalen Markenrecht fließenden Ausschließlichkeitsrecht und dem gemeinschaftsrechtlich begründeten Grundsatz des freien Warenverkehrs im Einzelfall beantwortet werden.⁶² Aus diesen Erwägungen heraus wird verständlich, warum nahezu alle Fragen des freien Warenverkehrs im Zusammenhang mit gewerblichen Schutzrechten ausschließlich im Vorlageverfahren gemäß Artikel 234 EG-Vertrag und hier regelmäßig in Rechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinschaftsbürgern aufgetreten sind und der Europäische Gerichtshof jeweils sogleich auf die Frage der Rechtfertigung nach Artikel 30 EG-Vertrag eingegangen ist.⁶³ Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Schutz von Markenrechten ist schon seit langer Zeit von dem Bemühen um die effektive Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte einerseits und der Beschränkung der gewerblichen Schutzrechte im Interesse des zwischenstaatlichen Handels und des freien innergemeinschaftlichen Warenverkehrs andererseits geprägt. Grundlegend für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in diesem Problemkreis sind die Lehre von Bestand und Ausübung und die Lehre von dem spezifischen Gegenstand, die durch die Lehre von der wesentlichen Funktion konkretisiert wird. Nach Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag rechtfertigt ein Markenrecht keine Einfuhrbeschränkung bzw. verschleierte Handelsbeschränkung. Zur Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der verschleierten Handelsbeschränkungen hat der Europäische Gerichtshof die Lehren von der Rechterschöpfung und der Zustimmung entwickelt. Bevor die Abwägungsproblematik zwischen dem aus den jeweiligen nationalen Markenrechtsordnungen fließenden Ausschließlichkeitsrecht und dem aus dem Gemeinschaftsrecht fließenden Grundsatz des freien Warenverkehrs

¹Die Bestimmungen der Artikel 28 und 29 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder –beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen des [...] gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. ²Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen weder ein Mittel zur Willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

⁶² Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 20

⁶³ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 20

ausführlich erörtert wird, wird eine allgemeine Darstellung der Funktion der Warenverkehrsfreiheit im Vertragsgefüge vorangestellt.

2.2 Funktion der Warenverkehrsfreiheit im Vertragsgefüge

Die Artikel 28 bis 31 EG-Vertrag bilden das zweite Kapitel des ersten Titels des EG-Vertrags, der seinerseits den Dritten Teil „Die Politiken der Gemeinschaft“ einleitet. Die vier Grundfreiheiten, die Freiheit des Warenverkehrs, die Freizügigkeit der Gemeinschaftsbürger, die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und die Freiheit des Kapitalverkehrs sind die Funktionsbedingungen des Gemeinsamen Marktes. Insbesondere die Artikel 28 und 30 EG-Vertrag sind von Bedeutung für die Parallelhandelsproblematik und bilden neben der in Artikel 25 bis 27 EG-Vertrag geregelten Zollunion die zweite Säule der Grundregeln über den freien Warenverkehr.⁶⁴ Gegenüber den Vorschriften zur Zollunion, die Regelungen sowohl für den innergemeinschaftlichen Warenverkehr als auch für den Warenverkehr mit Drittstaaten enthalten, gelten die gegen nicht-tarifäre Handelshemmnisse gerichteten Vorschriften über das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen nur für den innergemeinschaftlichen Warenverkehr.⁶⁵ Es ist eine Frage der Handelspolitik, ob ein mit Artikel 28 EG-Vertrag vergleichbares oder identisches Verbot auch im Verhältnis zwischen der Europäischen

⁶⁴ vgl. zur grundlegenden Bedeutung der Art. 28 ff. (ex-Art. 30 ff.) EGV zur Verwirklichung des freien Handelsverkehrs zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten EuGH Rs. 48/74 *Charmasson gegen Ministre de l'Economie et des Finances*, EuGHE 1974, 1383, 1393 ff.; EuGH Rs. 120/78 *Rewe Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, (Cassis de Dijon)* EuGHE 1979, 649, 662 ff.; EuGH Rs. 231/78 *Europäische Kommission gegen Vereinigtes Königreich*, EuGHE 1979, 1447, 1460 ff.; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Vorbemerkung zu den Artikel 30 bis 37, Rdnr. 1 ff.; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, vor Art. 28-31, Rdnr. 1 ff.; Geiger, EUV,EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; Kommentar, 3. Aufl., Art. 28 EGV, Rdnr. 1 ff.

⁶⁵ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records, Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913, Rdnr. 8 ff.; EuGH Rs. C-191/90 *Generics und Harris Pharmaceuticals Ltd gegen Smith Kline and French Laboratories Ltd.*, EuGHE 1992, I-5225, 5374, Rdnr. 17; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28, Rdnr. 47; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Vorbemerkung zu den Artikel 30 bis 37, Rdnr. 1

Gemeinschaft und Drittstaaten gelten soll.⁶⁶ Im Gegensatz zu einer Freihandelszone erstrecken sich die Vorschriften über den freien Warenverkehr nicht bloß auf Ursprungswaren der Mitgliedstaaten, sondern auch auf diejenigen Waren aus Drittstaaten, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden.⁶⁷ Der Europäische Gerichtshof hat ausdrücklich festgestellt, daß Drittlandswaren im Freiverkehr den aus den Mitgliedstaaten stammenden Waren endgültig und vollständig gleichgestellt sind und insbesondere das Verbot des Artikel 28 EG-Vertrag auf beide gleichermaßen Anwendung findet.⁶⁸

Das Zusammenwachsen des Gemeinsamen Marktes bzw. des Europäischen Binnenmarktes ist das zentrale Ziel des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft. Die Zollunion und die Grundfreiheiten bilden die Grundlagen der Gemeinschaft, wobei insbesondere der freie innergemeinschaftliche Warenverkehr ein elementares Element darstellt. Es ist die Aufgabe der Gemeinschaft, die in Artikel 2 EG-Vertrag definierten Ziele durch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes im Wege der Verschmelzung der einzelstaatlichen Märkte, durch die Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch die Durchführung der in Artikel 3 und 4 EG-Vertrag genannten gemeinsamen Politiken oder Maßnahmen zu fördern.⁶⁹ Artikel 3 EG-Vertrag legt die verschiedenen Tätigkeitsgebiete der Gemeinschaft zur Erfüllung der ihr nach Artikel 2 EG-Vertrag übertragenen Aufgaben im einzelnen fest. Im

⁶⁶ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28, Rdnr. 47

⁶⁷ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, vor Art. 28-31, Rdnr. 1; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Vorbemerkung zu den Artikel 30 bis 37, Rdnr. 1

⁶⁸ EuGH Rs. 41/76 *Suzanne Donckerwolcke gegen Procureur de la Republique*, EuGHE 1976, 1921, 1935 f.; EuGH Rs. 119/78 *SA des Grandes des Distilleries Pereux gegen Directeur des Services Fiscaux de la Haute-Saone et Territoire de Belfort*, EuGHE 1979, 975; EuGH Rs. C-131/93 *Kommission gegen Deutschland*, EuGHE 1994, I-3309, 3319, Rdnr. 9 f.; EuGH Rs. 288/93 *Kommission gegen Irland*, EuGHE 1985, 1761; EuGH Rs. 212/88 *Strafverfahren gegen Felix Levy und andere*, EuGHE 1989, 3511, 3529, Rdnr. 8; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28, Rdnr. 43; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 286

⁶⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Vorbemerkung zu den Artikel 30 bis 37, Rdnr. 2

Zusammenhang mit dem Parallelhandel sind insbesondere relevant die Abschaffung der Zölle und mengenmäßigen Beschränkungen bei der Ein- und Ausfuhr von Waren und aller sonstigen Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten gemäß Artikel 3 Absatz 1 Ziffer a EG-Vertrag. Das Verbot der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten gemäß Artikel 28 EG-Vertrag dient der Erfüllung der Aufgabe nach Artikel 3 Absatz 1 Ziffer a EG-Vertrag. Die Konzeption der Warenverkehrsfreiheit zusammen mit den anderen Grundfreiheiten soll, über die unmittelbare Gewährleistung des innergemeinschaftlichen Freiverkehrs hinaus, gleichzeitig einen gemeinschaftsweiten Wettbewerb ermöglichen, die Verwirklichung der von dem Binnenmarkt nach dem Prinzip der komparativen Kostenvorteils erwarteten positiven Wohlfahrtseffekte ebenso wie Friedenseffekte und gesellschaftsstiftenden Effekte fördern und die Integration im Sinne des Zusammenwachsens und des Zusammenhalts der Europäischen Gemeinschaft durch privatautonome Kontaktaufnahmen und wechselseitige Gebundenheit zur Ermöglichung dieser Verbindungen bewirken.⁷⁰ Die Vorschriften der Artikel 28 und 30 EG-Vertrag dienen durch die möglichst ungehinderte grenzüberschreitende Wahrnehmung der Privatautonomie im Bereich des Warenverkehrs in besonderem Maße den beschriebenen Integrationsbemühungen.⁷¹

2.2.1 Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen

2.2.1.1 Normzweck und Bedeutung

In Artikel 28 EG-Vertrag findet sich das Verbot der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen, das die zentrale Vorschrift zur Garantie des

⁷⁰ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Vorbemerkung zu den Artikel 30 bis 37, Rdnr. 2

⁷¹ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Vorbemerkung zu den Artikel 30 bis 37, Rdnr. 2

freien Warenverkehrs sowie zur Verwirklichung des Integrationsgrundkonzepts des EG-Vertrags bildet.⁷² Die Funktion des Artikel 28 EG-Vertrag liegt in der Sicherung des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt gegen einzelstaatliche, nicht tarifäre, Beschränkungen und in der Gewährleistung der Möglichkeit des grenzüberschreitenden und binnenmarktweiten Wettbewerbs unter Zuhilfenahme der Öffnung und Offenhaltung der mitgliedstaatlichen Marktgrenzen.⁷³ Die warenverkehrsrechtlichen Regelungen stehen auch solchen Behinderungen entgegen, die sich aufgrund von Maßnahmen der Gemeinschaft ergeben, so daß auch das abgeleitete Gemeinschaftsrecht, Sekundärrecht genannt, im Lichte der Warenverkehrsfreiheit auszulegen ist.⁷⁴ Es zeigt sich, daß das Verbot der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen zugleich in hervorgehobener Weise mit den anderen Grundfreiheiten der Errichtung und Gewährleistung eines Gemeinsamen Marktes dient, der ein herausragendes Ziel der Gemeinschaft darstellt, und dabei das durch die Einheitliche Europäische Akte⁷⁵ ausdrücklich geschaffene Binnenmarktkonzept zur Beschleunigung des Ausbaus des Gemeinsamen Marktes umsetzt, so daß entsprechend Artikel 14 EG-Vertrag ein Raum ohne Binnengrenzen gewährleistet wird, in dem Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des EG-Vertrags frei und ungehindert verkehren können.⁷⁶

Mit der Freiheit des Warenverkehrs werden vielfältige Erwartungen verknüpft. Aus wirtschaftstheoretischer Sicht werden von dem Freiverkehr der Produkte und deren Produktionsfaktoren zahlreiche Wohlfahrtseffekte

⁷² Geiger, EUV, EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; Kommentar, 3. Aufl., Art. 28 EGV, Rdnr. 1

⁷³ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 2

⁷⁴ EuGH Rs. 47/90 *Delhaize gegen Promalvin SA*, EuGHE 1992, I-3669, 3711, Rdnr. 26; EuGH Rs. C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb EV gegen Clinique Laboratoires SNC und Estee Lauder Cosmetics GmbH*, EuGHE 1994, I-317, 335, Rdnr. 12

⁷⁵ Einheitliche Europäische Akte (EEA) vom 28.2.1986, in Kraft seit 1.7.1987, BGBl. II S. 1104

⁷⁶ Geiger, EUV,EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; Kommentar, 3. Aufl., Präambel EGV, Rdnr. 5; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 3

erwartet, namentlich Spezialisierungseffekte, Skaleneffekte, Wettbewerbseffekte, Allokationseffekte und Wachstumseffekte.⁷⁷ Diese positiven Wirkungen des freien Warenverkehrs zeigen sich im einzelnen durch sinkende Gestehungskosten der Produkte aufgrund von Spezialisierungseffekten nach dem Prinzip des komparativen Kostenvorteils und der Skaleneffekte, durch eine Vergrößerung und Verbesserung der Produktpalette, die mit einer entsprechenden Erweiterung der Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite einher geht (Wettbewerbseffekte), durch die optimale Allokation von Arbeit und Kapital (Allokationseffekte) und schließlich durch Wachstumsimpulse infolge von Marktausweitungen und einer Verstärkung des Wettbewerbsdrucks (Wachstumseffekte).⁷⁸ Aus politikwissenschaftlicher Sicht werden Friedenseffekte erwartet, die sich aufgrund der wirtschaftlichen Verflechtung mit den Wohlstandseffekten ergeben und insbesondere im zwischenstaatlichen Bereich auftreten.⁷⁹ Aus sozialtheoretischer Sicht tritt aufgrund der Verbindung des sich privatautonom vollziehenden Handels am Markt ein gesellschaftsstiftender Effekt auf.⁸⁰ Soziale Beziehungen sind privatautonom gewünschter und verantworteter Ausdruck und Funktion eines transparenten und offenen Marktes.⁸¹ Unter Zugrundelegung des ökonomischen Gedankens der Ermöglichung des komparativen Kostenvorteils folgt für die Freiheit des Warenverkehrs als elementare Grundlage der mit dem EG-Vertrag verfolgten Verschmelzung der Volkswirtschaften in einem Binnenmarkt, daß die im Binnenmarkt nachgefragten Produkte innerhalb der Gemeinschaft dort hergestellt werden können sollen, wo dies am kostengünstigsten geschehen kann und nachfolgend innerhalb der

⁷⁷ siehe mit weiteren Literaturhinweisen Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 4

⁷⁸ siehe mit weiteren Literaturhinweisen Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 4

⁷⁹ Polachek, Conflict and Trade, Journal of Conflict Resolution, 1980, 55 ff.; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 4

⁸⁰ siehe mit weiteren Literaturhinweisen Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 4

⁸¹ siehe mit weiteren Literaturhinweisen Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 4

Gemeinschaft ungehindert zu den potentiellen Nachfragern gelangen können, was erfordert, daß die Waren weder in Zugang zu noch in der Vermarktung auf einem anderen Markt eines Mitgliedstaats durch hoheitliche oder ähnlich wirkende Maßnahmen infolge ihrer Herkunft behindert oder beschwert werden.⁸²

Das Verbot des Artikels 28 EG-Vertrag richtet sich dem Wortlaut nach gegen mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie gegen alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten. Neben diesen, in Artikel 28 EG-Vertrag ausdrücklich genannten, Tatbestandsvoraussetzungen müssen noch weitere ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein. Aus der systematischen Stellung des Verbots mengenmäßiger Beschränkungen ergibt sich, daß dieses nur für solche Maßnahmen gilt, die sich auf den Warenverkehr auswirken und die nach herrschender Auffassung einzelstaatlicher Urheberschaft zurechenbar sind.⁸³

2.2.1.2 Anwendungsbereich

Das in Artikel 28 EG-Vertrag statuierte Verbot der mengenmäßigen Beschränkung und Maßnahmen gleicher Wirkung richtet sich in erster Linie an Mitgliedstaaten und gilt für alle Organe der Mitgliedstaaten grundsätzlich in gleicher Weise. Die innerstaatliche Aufteilung der Entscheidungsebene zwischen Legislative, Exekutive und Judikative ist hierbei ohne Belang, ebenso wie die Frage, ob eine mitgliedstaatliche Maßnahme dem abgeleiteten Gemeinschaftsrecht entspricht. Urheber der jeweiligen Maßnahme ist und bleibt der Mitgliedstaat, für die er sich verantworten muß und die an den Bestimmungen des EG-Vertrags zu

⁸² Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 5, 10

⁸³ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28, Rdnr. 47; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 267 ff., insbes. Rdnr. 302 und 307

messen ist.⁸⁴ Das Verbot des Artikel 28 EG-Vertrag ist unmittelbar anwendbar und begründet individuelle Rechte der Marktteilnehmer, auf die sich der Einzelne, egal ob Anbieter oder Nachfrager,⁸⁵ vor den Gerichten und Behörden der Mitgliedstaaten berufen kann.⁸⁶ Dem Einzelnen können Maßnahmen und Regelungen der Mitgliedstaaten, die nicht im Einklang mit Artikel 28 stehen, nicht entgegengehalten werden und sind folglich im innergemeinschaftlichen Verkehr unanwendbar.⁸⁷ In gleicher Weise ist die Judikative aus eigener Entscheidungsbefugnis gehalten, solche Bestimmungen der nationalen Rechtsordnungen unangewendet zu lassen, die mit der Freiheit des Warenverkehrs unvereinbar sind und hat somit für die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu sorgen.⁸⁸ Fehlt dem konkreten Sachverhalt der grenzüberschreitende Bezug und kommt es dadurch zu keiner Behinderung des grenzüberschreitenden Handels, ist dem Einzelnen ein Berufen auf die Vorschrift des Artikel 28 EG-Vertrag verwehrt, selbst wenn die in Frage stehende staatliche Maßnahme theoretisch zur Behinderung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs geeignet ist.⁸⁹

Nicht eindeutig geklärt ist die Frage, ob die Grundfreiheit des Warenverkehrs Drittwirkung im Sinne des Wirkens auch zwischen Privaten entfaltet. Der Europäische Gerichtshof scheint eine derartige

⁸⁴ EuGH Rs. C-120/95 *Nicolas Decker gegen Caisse de malaide des employés privés*, EuGHE 1998, I-1831, 1881, Rdnr. 27

⁸⁵ EuGH Rs. 362/88 *GB-INNO-BM SA gegen Confederation du Commerce Luxembourgeois ASBL*, EuGHE 1990, I-667; zur Dienstleistungsfreiheit EuGH Rs. 26/83 *Luisi und Carbone gegen Ministero del Tesoro*, EuGHE 1984, 377

⁸⁶ EuGH Rs. 251/78 *Denkavit Futtermittel GmbH gegen Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen*, EuGHE 1979, 3369; EuGH Rs. 83/78 *Pigs Marketing Board gegen Raymond Redmond*, EuGHE 1978, 2347, 2374; EuGH Rs. 222/82 *Apple & Pear Development Council gegen K.J. Levis Ltd. und andere*, EuGHE 1983, 4083, 4125; EuGH Rs. 47/90 *Delhaize gegen Promalvin SA*, EuGHE 1992, I-3669, 3711; EuGH verb. Rs. 46 und 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte : Factorame*, EuGHE 1996, I-1029, 1143

⁸⁷ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 5

⁸⁸ EuGH Rs. C-358/95 *Thommaso Moratello gegen Unita sanitaria locale (USL)*, EuGHE 1997, I-1431, 1451, Rdnr. 18

⁸⁹ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 5

Drittwirkung abzulehnen, während in der Literatur teilweise ein solche angenommen wird.⁹⁰ Im Ergebnis ist eine Drittwirkung des Artikel 28 EG-Vertrag abzulehnen. Es ist auf die jeweilige staatliche Maßnahme abzustellen.⁹¹ Der Grund liegt in der Funktion des Verbots der mengenmäßigen Beschränkungen. Die Vorschrift des Artikel 28 EG-Vertrag soll das Verbot von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung durch die Unterbindung nicht-tarifärer Handelshemmnisse ergänzen.⁹² Es ist für eine effektive Durchsetzung des Grundsatzes der Warenverkehrsfreiheit nicht erforderlich, daß auch jede private Verhaltensweise erfaßt wird.⁹³ Eine Einschränkung auf eine staatliche Inpflichtnahme erscheint auch in Bezug auf das Verhältnis zu dem Kartellverbot des Artikel 81 EG-Vertrag gerechtfertigt. Diese Regelung bezweckt die Unterbindung der Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels durch private Verhaltensweisen.⁹⁴ Folglich sind im Rahmen des Anwendungsbereichs des Artikel 28 EG-Vertrag staatliche Maßnahmen von den Aktivitäten Privater abzugrenzen. Private sind hierbei sowohl Unternehmen als auch Einzelpersonen. Schwierigkeiten bereitet hierbei die Frage, ob die Ausübung eines Markenrechts durch Private überhaupt als staatliche

⁹⁰ EuGH Rs. 249/81 *Europäische Kommission gegen Irland*, EuGHE 1982, 4005, Rdnr. 6 ff.; EuGH Rs. 65/86 *Bayer AG und Maschinenfabrik Hennecke GmbH gegen Süllhöfer*, EuGHE 1988, 5249, Rdnr. 11; der Europäische Gerichtshof hat sich entgegengesetzt geäußert in EuGH Rs. 58/80 *Dansk Supermarked A/S gegen Imerco A/S*, EuGHE 1981, 181, Rdnr. 17 f., diese Aussage im Anschluß daran aber nicht mehr wiederholt, so daß davon ausgegangen werden kann, daß der Europäische Gerichtshof eine Drittwirkung nunmehr ablehnt; Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 28 EG-Vertrag, Rdnr. 46, 58 und Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 301 mit weiteren Literaturnachweisen

⁹¹ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 6 und 44

⁹² Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 28 EG-Vertrag, Rdnr. 46

⁹³ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 28 EG-Vertrag, Rdnr. 46

⁹⁴ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983; siehe auch EuGH Rs. 177 und 178/82 *Strafverfahren gegen Jan van de Haar*, EuGHE 1984, 1797, 1812; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 6, 16, 44, 54

Maßnahme anzusehen ist.⁹⁵ Es sind Überschneidungen zwischen der Warenverkehrsfreiheit und dem Kartellverbot möglich bei solchen Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren.⁹⁶ Die wettbewerblichen Gesichtspunkte werden hierbei keineswegs aus der Anerkennung des Artikel 28 EG-Vertrag herausgenommen.⁹⁷ Übt ein Unternehmen sein Markenrecht aus, so kann dies als solches zwar nicht gegen die Regelungen der Warenverkehrsfreiheit verstoßen, wohl aber der, aus der Verleihung des nationalen Markenrecht fließende, Schutz, der dem Unternehmen durch nationale Rechtsvorschriften oder durch die Gerichte gewährt wird.⁹⁸ Übt ein Privater sein, auf staatlichen Regeln beruhendes, Markenrecht aus, und erzwingt dessen Durchsetzung mittels gerichtlicher Hilfe, so fällt auch diese Konstellation in den Anwendungsbereich des Artikel 28 EG-Vertrag.⁹⁹

2.2.1.3 Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung

Eine staatliche Maßnahme stellt eine mengenmäßige Beschränkung dar, wenn die Einfuhr oder die Ausfuhr einer Ware dem Wert oder der Menge nach begrenzt wird. Hierunter fallen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverbote.¹⁰⁰ In der Praxis verlieren derartige Verbote zunehmend

⁹⁵ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 148 ff., 290; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 6, 16, 44, 54

⁹⁶ Lenz/Borchardt, EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 2. Aufl., Art. 28, Rdnr. 16

⁹⁷ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 51; für einen Rückgriff auf Artikel 5 EG-Vertrag: Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 16; siehe auch unten m. w. N.

⁹⁸ EuGH Rs. 58/80 *Dansk Supermarked A/S gegen Imerco A/S*, EuGHE 1981, 181

⁹⁹ EuGH Rs. C-313/94 *Graffione SNC gegen Ditta Fransa*, EuGHE 1996, I-6039, Rdnr. 14 ff.; Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 28 EG-Vertrag, Rdnr. 44

¹⁰⁰ EuGH Rs. 2/73 *Riseria Luigi Geddo gegen Ente Nazionale Risi*, EuGHE 1973, 865, Rdnr. 7; EuGH Rs. 124/85 *Europäische Kommission gegen Griechenland*, EuGHE 1986, 3935, Rdnr. 3 ff.; Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2.

an Bedeutung, so daß der Schwerpunkt der Anwendung und Wirkung des Artikels 28 EG-Vertrag auf dem Verbot der Maßnahme gleicher Wirkung liegt.¹⁰¹

2.2.1.4 Maßnahmen gleicher Wirkung

Das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung hat in der Praxis eine große Bedeutung erlangt, was zu einer weitgehenden Verdrängung mitgliedstaatlicher Rechtsetzungsbefugnisse geführt hat.¹⁰² Der EG-Vertrag enthält keine Begriffsbestimmung, weshalb der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich der Auslegung des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung eine besonders wichtige Rolle zukommt. Nach der Lehre von dem normativen Zweckbegriff ist der Begriffsinhalt aus dem Zweck und aus der systematischen Stellung des Verbots im Gesamtgefüge des EG-Vertrags abzuleiten.¹⁰³ Maßgeblich geprägt haben den Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung die Entscheidungen *Dassonville*¹⁰⁴, *Cassis de Dijon*¹⁰⁵ und *Keck*¹⁰⁶.

Aufl., Art. 28 EG-Vertrag, Rdnr. 7; Dausen, Dogmatik des freien Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1984, 197, 201

¹⁰¹ Moench, Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt, NJW 1982, 2689, 2690; Dausen, Dogmatik des freien Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1984, 197, 201; Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 28 EG-Vertrag, Rdnr. 12

¹⁰² Geiger, EUV,EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; Kommentar, 3. Aufl., Art. 28 EGV, Rdnr. 7

¹⁰³ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 30

¹⁰⁴ EuGH Rs. 8/74 *Staatsanwaltschaft gegen Benoit und Gustave Dassonville*, EuGHE 1974, 837

¹⁰⁵ EuGH Rs. 120/78 *Rewe Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EuGHE 1979, 649

¹⁰⁶ EuGH verb. Rs. C-267/91, C-268/91 *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, EuGHE 1993, I-6097

2.2.1.4.1 *Dassonville*-Entscheidung des EuGH

Der Europäische Gerichtshof hat den Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung zum ersten Mal in der Entscheidung *Dassonville* definiert.¹⁰⁷ Nach der *Dassonville*-Formel handelt es sich dabei um „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.¹⁰⁸ Eine Behinderung ist grundsätzlich jede negative Beeinflussung der Einfuhren, unabhängig von ihrer Art und jeweiligen Zielsetzung, der konkreten Wirkungstechnik oder ihres Ausmaßes.¹⁰⁹ Erforderlich ist aber die Substantiierbarkeit der negativen Beeinflussung.¹¹⁰ Die *Dassonville*-Formel wiederholt der Europäische Gerichtshof regelmäßig in seinen Urteilen und hat von ihr ausgehend in den Entscheidungen *Cassis de Dijon*¹¹¹ und *Keck*¹¹² weitere Kriterien für die Prüfung der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit Artikel 28 EG-Vertrag entwickelt. Die *Dassonville*-Formel geht von einem weiten Begriff aus und entspricht der Zwischenstaatlichkeitsklausel im Rahmen des Artikel 81 EG-Vertrag, denn beide Vorschriften haben, abgesehen von unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen, die Freiheit des innergemeinschaftlichen Handels zum Inhalt.¹¹³ Eine Handelsregelung im Sinne der *Dassonville*-Formel ist jede nationale Maßnahme, die objektiv

¹⁰⁷ EuGH Rs. 8/74 *Staatsanwaltschaft gegen Benoît und Gustave Dassonville*, EuGHE 1974, 837; näher hierzu: Barents, New developments in measures having equivalent effect, CMLR 1981, 271, 273 ff.; Veelken, Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen, EuR 1977, 311, 322 ff.; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 39 ff.

¹⁰⁸ EuGH Rs. 8/74 *Staatsanwaltschaft gegen Benoît und Gustave Dassonville*, EuGHE 1974, 837, 852

¹⁰⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 49

¹¹⁰ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 49

¹¹¹ EuGH Rs. 120/78 *Rewe Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EuGHE 1979, 649

¹¹² EuGH verb. Rs. C-267/91, C-268/91 *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, EuGHE 1993, I-6097

¹¹³ EuGH Rs. 56/65 *LTM gegen MBU*, EuGHE 1966, 337, 303; EuGH Rs. 5/69 *Völkl gegen Vervaecke*, EuGHE 1969, 295, 302; EuGH Rs. 31/80 *L'Oreal NV und L'Oreal SA gegen PVBA De Nieuwe AMCK*, EuGHE 1980, 3775, 3791; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 13

auf den Warenverkehr einwirkt, wobei es eines spezifischen handelspolitischen Zwecks nicht bedarf.¹¹⁴ Der Nachweis der tatsächlichen Beeinflussung muß nicht geführt werden, es genügt die potentielle Behinderung sowie die bloße Eignung der Maßnahme zur Behinderung.¹¹⁵ Die Behinderung ist hierbei jeder nachteilige Einfluß auf den Warenverkehr, worunter auch die Einschränkung der Handlungsfreiheit bestimmter Wirtschaftssubjekte im Binnenmarkt fällt, ohne daß es auf die Beeinträchtigung der globalen Einfuhren ankommt.¹¹⁶ Demgemäß liegt eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels auch bei einer Kanalisierung der Einfuhren oder einer künstlichen Veränderung der Handelsströme infolge der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheiten bestimmter Marktteilnehmer vor, so daß es zu den oben beschriebenen Überschneidungen mit dem Kartellverbot des Artikel 81 EG-Vertrag kommen kann.¹¹⁷ Es finden wettbewerbliche Gesichtspunkte auch im Rahmen der Artikel 28 ff. EG-Vertrag Berücksichtigung. Dies wird gerechtfertigt mit der Begründung, daß auch die einzelnen Mitgliedstaaten die Gesichtspunkte des Wettbewerbs bei der Ausgestaltung der jeweiligen nationalen Regelungen zu berücksichtigen

¹¹⁴ Geiger, EUV,EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; Kommentar, 3. Aufl., Art. 28 EGV, Rdnr. 9

¹¹⁵ EuGH Rs. 124/85 *Europäische Kommission gegen Griechenland*, EuGHE 1986, 3935, 3948; EuGH Rs. 12/74 *Europäische Kommission gegen Deutschland (Sekt/Weinbrand)*, EuGHE 1975, 181, 198; näher Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 15

¹¹⁶ EuGH Rs. 29/82 *F. Van Luipen EN ZN BV*, EuGHE 1983, 151; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 16; Veelken, Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen, EuR 1977, 311, 328

¹¹⁷ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983; siehe auch EuGH Rs. 177 und 178/82 *Strafverfahren gegen Jan van de Haar*, EuGHE 1984, 1797, 1812; EuGH Rs. 58/80 *Dansk Supermarked A/S gegen Imerco A/S*, EuGHE 1981, 181; EuGH Rs. C-313/94 *Graffione SNC gegen Ditta Fransa*, EuGHE 1996, I-6039, Rdnr. 14 ff.; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 6, 16, 44, 54; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 148 ff., 290; Lenz/Borchardt, EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 2. Aufl., Art. 28, Rdnr. 16; Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 28 EG-Vertrag, Rdnr. 44; Veelken, Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen, EuR 1977, 311, 327; Funck-Brentano, Der Grundsatz des freien Wettbewerbs im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, RIW 1980, 779, 780

haben.¹¹⁸ Des weiteren entspricht dies dem Integrationskonzept des EG-Vertrags, der maßgeblich auf die Wahrnehmung der Grundfreiheiten und damit auf die möglichst ungehinderte grenzüberschreitende Wahrnehmung der Privatautonomie und demgemäß auf den Wettbewerb setzt.¹¹⁹ Die von Artikel 28 EG-Vertrag bezweckte Öffnung der Märkte ist untrennbar verbunden mit der Eröffnung des Wettbewerbs.¹²⁰ Es bedarf demgemäß keines Rückgriffs mehr auf Artikel 10 Absatz 2 (ex-Artikel 5) EG-Vertrag in Verbindung mit den Wettbewerbsregelungen, wie von einigen Autoren angeregt wird.¹²¹ Es wird darauf abgestellt, ob der Schwerpunkt der Maßnahme in einer Absprache zwischen Privaten oder in einer staatlichen Maßnahme liegt.¹²² Diese Abgrenzung nach dem Schwerpunkt wird kritisiert mit der Begründung, daß Artikel 10 (ex-Artikel 5) EG-Vertrag in jedem Fall ein vertragszielwidriges Verhalten eines Mitgliedstaats und damit dessen Verantwortlichkeit voraussetzt.¹²³ Die Artikel 28 ff. EG-Vertrag sind *leges speciales* zu der allgemeinen Unterlassungspflicht des Artikel 10 Absatz 2 (ex-Artikel 5) EG-Vertrag und vermögen den wettbewerbsbeeinträchtigenden Behinderungstatbestand konturierter zu fassen als die Kombination der systematisch allgemeiner ausgerichteten, staatsgerichteten Vorschriften der Artikel 10 Absatz 2 (ex-Artikel 5) in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 Ziffer g und Artikel 81 und 82 EG-Vertrag.¹²⁴

¹¹⁸ EuGH Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.*, EuGHE 1974, 1147; EuGH Rs. 311/85 *Vlaamse Reisebureaus gegen A.S.B.L. Sociale Dienst Van de Plaatselijke en Gwestelijke Overheidsdiensten*, EuGHE 1987, 3801; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 16

¹¹⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 51 m. w. N.

¹²⁰ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 51, Fußnote 97 m. w. N.

¹²¹ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 16 m. w. W.

¹²² Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 16

¹²³ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 51, Fußnote 97 m. w. N.

¹²⁴ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 325 m. w. N.

Einfuhren werden im Sinne der *Dassonville*-Formel durch eine Maßnahme negativ beeinflusst, wenn sie ohne diese nicht stattfinden könnten oder erschwert oder verteuert würden.¹²⁵ Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze wird deutlich, daß auch die Verhinderung des Parallelhandels eine Behinderung des Handels darstellt.¹²⁶ Die oben beschriebene Kanalisierung der Einfuhren oder künstliche Veränderung der Handelsströme findet regelmäßig statt bei Beschränkungen des Vertriebs. Einfuhren werden durch Vertriebsbeschränkungen in einer Weise kanalisiert, daß Einfuhren nur an bestimmte, autorisierte, Händler möglich sind, während andere, nicht autorisierte, Unternehmen, wie etwa die Parallelhändler, ausgeschlossen sind.¹²⁷ Des weiteren können sich Absatzbehinderungen im Sinne der *Dassonville*-Formel aus der Schutzgestaltung bei gewerblichen Schutzrechten ergeben. Es können bestimmte Ausgestaltungen nationaler Markenrechtsordnungen geeignet sein, Einfuhren zu behindern. Dies gilt insbesondere dann, wenn für den Rechtsinhaber bestimmte Rechtsschutzmöglichkeiten vorgesehen sind, mit deren Hilfe dieser die Einfuhren, namentlich Parallelimporte markierter Waren, durch Unterlassungsansprüche mit der Wirkung von Einfuhrverboten oder Vertriebsverboten verhindern kann.¹²⁸ Eine derartige Einfuhrbeschränkung ist infolge der nationalen legislativen oder judikativen Schutzgewährung als staatlich zurechenbar anzusehen, denn die Einfuhrbehinderung ist Ausfluß des mitgliedstaatlich bereitgestellten Rechtsschutzes.¹²⁹ Die Auswirkungen der warenverkehrsrechtlichen Regeln auf die Ausübung eines Markenrechts werden unten eingehend dargestellt. Die Problematik der Ausübung von Markenrechten stellt sich

¹²⁵ EuGH Rs. 12/74 *Europäische Kommission gegen Deutschland (Sekt/Weinbrand)*, EuGHE 1975, 181, 198; EuGH Rs. 124/85 *Europäische Kommission gegen Griechenland*, EuGHE 1986, 3935, 3948, Rdnr. 7; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 50

¹²⁶ siehe etwa: EuGH Rs. 229/83 *Leclerc gegen SA Thouars Distribution und andere*, EuGHE 1985, 1

¹²⁷ EuGH Rs. 104/75 *Strafverfahren gegen Adriaan de Peijper Geschäftsführer der Centrafarm BV*, EuGHE 1976, 613; EuGH Rs. 83/78 *Pigs Marketing Board*, EuGHE 1978, 2347, 2348

¹²⁸ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, 2846, Rdnr. 33 = GRUR Int. 1994, 614

¹²⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 149, 290

insbesondere im Zusammenhang mit Artikel 30 EG-Vertrag und der darin geregelten Rechtfertigung von Einfuhrverboten im Bereich des gewerblichen und kommerziellen Eigentums. Zum Verständnis und der Vollständigkeit halber werden nachfolgend auch die von dem Europäischen Gerichtshof gezogenen Begrenzungen der *Dassonville*-Formel in den Entscheidungen *Cassis de Dijon*¹³⁰ und *Keck*¹³¹ dargestellt. Die Notwendigkeit einer Eingrenzung angesichts der extensiven Urteilsauslegung einerseits und der restriktiven Auslegung des Artikel 30 EG-Vertrag andererseits bedeutet jedoch nicht gleichzeitig eine restriktive Auslegung der Grundformel, so daß der Europäische Gerichtshof mit den Entscheidungen *Cassis de Dijon*¹³² und *Keck*¹³³ vielmehr eine rechtsfortbildende Interpretation vornimmt.¹³⁴

2.2.1.4.2 *Cassis de Dijon*-Entscheidung des EuGH

Die Weite der *Dassonville*-Formel erfaßt zahlreiche allgemeine Regelungen, die als Ausdruck legitimer öffentlicher Aufgaben bestimmte Anforderungen an Waren unabhängig von ihrem Ursprung stellen und namentlich als Verteuerungsfaktoren eine einfuhrhindernde Wirkung entfalten können. Es ist daher eine Einschränkung der *Dassonville*-Formel vonnöten, denn der Grundsatz des freien Warenverkehrs bezweckt zwar die Sicherung des ungehinderten Warenverkehrs, nicht jedoch gleichzeitig die Beseitigung der grundsätzlichen Befugnisse der Mitgliedstaaten, bestimmte im öffentlichen Interesse gebotenen und

¹³⁰ EuGH Rs. 120/78 *Rewe Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EuGHE 1979, 649

¹³¹ EuGH verb. Rs. C-267/91, C-268/91 *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, EuGHE 1993, I-6097

¹³² EuGH Rs. 120/78 *Rewe Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EuGHE 1979, 649

¹³³ EuGH verb. Rs. C-267/91, C-268/91 *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, EuGHE 1993, I-6097

¹³⁴ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 18

gemeinschaftsrechtlich anerkannten Schutzziele selbständig zu verfolgen, soweit eine gemeinschaftsrechtliche Regelung nicht vorliegt.¹³⁵

Die methodisch nicht unbedingt zwingende enge Auslegung der Ausnahmeregelungen in Artikel 30 EG-Vertrag hat dazu geführt, daß der Europäische Gerichtshof zahlreiche Rechtfertigungstatbestände, die durchaus unter Artikel 30 EG-Vertrag subsumiert werden können, als immanente Schranken des Artikel 28 EG-Vertrag einordnet.¹³⁶ Hintergrund ist das Bedürfnis, die mitgliedstaatlichen Schutzanliegen bereits im Begriffsverständnis der Maßnahme gleicher Wirkung selbst zu berücksichtigen.¹³⁷ Die Mitgliedstaaten können beim Fehlen einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung sinnvolle Maßnahmen ergreifen, wenn diese keine Behinderungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten bewirken, mithin von sämtlichen Staatsangehörigen erbracht werden können und weder eine verschleierte Beschränkung des Handels noch ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung darstellen.¹³⁸

Der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung *Cassis de Dijon*¹³⁹ das Kriterium der sinnvollen Maßnahme weiter präzisiert.¹⁴⁰ In dem Urteil

¹³⁵ Barents, New developments in measures having equivalent effect, CMLR 1981, 271, 283 ff.; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 183

¹³⁶ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 22 ff.

¹³⁷ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 30, Rdnr. 184

¹³⁸ Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union: Rechtsordnung und Politik, 4. Aufl., S. 296

¹³⁹ EuGH Rs. 120/78 *Rewe Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EuGHE 1979, 649

¹⁴⁰ siehe zur Cassis de Dijon-Rechtsprechung: EuGH Rs. 788/79 *Strafverfahren gegen Herbert Gilli*, EuGHE 1980, 2071; EuGH Rs. 27/80 *Strafverfahren gegen Anton Fietje*, EuGHE 1980, 3839; EuGH Rs. 58/80 *Dansk Supermarked A/S gegen Imerco A/S*, EuGHE 1981, 181; EuGH Rs. 130/80 *Strafverfahren gegen Kelderman*, EuGHE 1981, 527; EuGH Rs. 113/80 *Europäische Kommission gegen Irland*, EuGHE 1981, 1625; EuGH Rs. 193/80 *Europäische Kommission gegen Italien*, EuGHE 1981, 3019; EuGH Rs. 6/81 *BV Industrie Diensten Groep gegen J. A. Beele*, EuGHE 1982, 707; EuGH Rs. 220/81 *Strafverfahren gegen Timothy Frederick Robertson und andere*, EuGHE 1982, 2349, 2360; EuGH Rs. 261/81 *Walter Rau Lebensmittelwerke gegen P.V.B.A de Smedt*, EuGHE 1982, 3961; EuGH Rs. 286/81 *Strafverfahren gegen Oosthoeck*, EuGHE 1982, 4575; EuGH Rs. 207/83 *Europäische Kommission gegen Vereinigtes Königreich*, EuGHE 1985, 1201; EuGH Rs. C-238/89 *Pall Corp. gegen P. J. Dahlhausen & Co.*,

ist erstmals über eine Handelsregelung zu entscheiden gewesen, die unterschiedslos auf eingeführte und einheimische Waren anzuwenden war. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs sind nur solche, von innerstaatlichen Rechtsvorschriften herrührende Handelshemmnisse hinzunehmen, die notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, hier insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes¹⁴¹ und mit denen ein im allgemeinen Interesse liegendes Ziel verfolgt wird, das den Erfordernissen des freien Warenverkehrs, der eine der Grundlagen der Gemeinschaft darstellt, vorgeht.¹⁴² Der Europäische Gerichtshof qualifiziert die „zwingenden Erfordernisse“ in seinen neueren Entscheidungen als Rechtfertigungsgründe.¹⁴³ Derartige „zwingende Erfordernisse“ werden dogmatisch teilweise als immanente Schranken des Artikel 28 EG-Vertrag qualifiziert, mit der Folge einer tatbestandsausschließenden Wirkung, teilweise wird es als dogmatisch überzeugender angesehen, die „zwingenden Erfordernisse“ einheitlich unter den Artikel 30 EG-Vertrag zu subsumieren.¹⁴⁴ Unabhängig von der dogmatischen Einordnung ist festzuhalten, daß durch das *Cassis de*

EuGHE 1990 I-4827, 4848, Rdnr. 12; EuGH Rs. C-126/91 *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft gegen Yves Rocher*, EuGHE 1993, I-2361, 2388 f., Rdnr. 12; EuGH Rs. C-293/93 *Strafverfahren gegen Ludomira Neeltje Barbara Houtwipper*, EuGHE 1994, I-4249, 4267, Rdnr. 11; EuGH Rs. C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln gegen Mars GmbH*, EuGHE 1995, I-1923, 1941 f., Rdnr. 15; Barents, New developments in measures having equivalent effect, CMLR 1981, 271, 291 ff.; Gormley, Quantitative restrictions and measures having equivalent effect – Recent cases on Articles 30 – 36, ELR 1985, S. 431, 454; Joliet, Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, GRUR Int. 1994, 979; Seidel, Die sogenannte Cassis de Dijon Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Schutz der Herkunftsangaben in der Europäischen Gemeinschaft, GRUR Int. 1984, 80; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 2

¹⁴¹ vgl. zum Verhältnis zu Artikel 30 EGV: Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 26 ff., insbes. 28

¹⁴² EuGH Rs. 120/78 *Rewe Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EuGHE 1979, 649, 662; weitere Beispiele zu zwingenden Erfordernissen im Sinne der Cassis de Dijon-Entscheidung bei: Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 19

¹⁴³ EuGH Rs. C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH gegen Heinrich Bauer Verlag*, EuGHE 1997, I-3689, 3715, Rdnr. 18

¹⁴⁴ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 20 m. w. N.

Dijon-Urteil die *Dassonville*-Formel bei unterschiedslos für inländische und eingeführte Waren geltenden Maßnahmen eines Mitgliedstaats durch die Berücksichtigung der „zwingenden Erfordernisse“ eingeschränkt wird. Es können sich Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen insbesondere ergeben aus unterschiedslos anwendbaren nationalen Vorschriften über die Ausübung von nationalen Markenrechten.¹⁴⁵

Bei Anwendung der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung darf die Zweck-Mittel-Relation nicht außer Acht gelassen werden. Es sind die zwingenden Erfordernisse nur dann zu berücksichtigen, wenn und soweit die jeweilige mitgliedstaatliche Maßnahme zur Erreichung des als legitim anerkannten Ziels geeignet, notwendig und verhältnismäßig ist.¹⁴⁶ Die Maßnahme muß tatsächlich geeignet sein, den mit ihr verfolgten Zweck zu verwirklichen, sie darf nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu dem Zweck stehen und dieser Zweck darf nicht durch andere Maßnahmen erreicht werden können, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger stark beeinträchtigen.¹⁴⁷ In Bezug auf die nationalen markenrechtlichen Regelungen findet eine Entscheidung über die Zulässigkeit und Notwendigkeit von handelshemmenden Maßnahmen regelmäßig im Rahmen des Artikel 30 EG-Vertrag statt, der Ausnahmeregelungen zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums trifft. Es ist die Prüfung der Zweck-Mittel-Relation im Rahmen des Artikel 28 EG-Vertrag nahezu identisch mit der Prüfung unter Artikel 30 EG-Vertrag, weshalb an dieser Stelle auf die unten folgenden Ausführungen zu den Ausnahmen

¹⁴⁵ Geiger, EUV,EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; Kommentar, 3. Aufl., Art. 28 EGV, Rdnr. 22

¹⁴⁶ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 21

¹⁴⁷ EuGH Rs. 120/78 *Rewe Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EuGHE 1979, 649, 664; EuGH Rs. C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH gegen Heinrich Bauer Verlag*, EuGHE 1997, I-3689, 3716; EuGH Rs. C-238/89 *Pall Corp. gegen P. J. Dahlhausen & Co.*, EuGHE 1990, I-4827, 4848; EuGH Rs. C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln gegen Mars GmbH*, EuGHE 1995, I-1923, 1942

zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums verwiesen wird.

2.2.1.4.3 Keck-Entscheidung des EuGH

Die betont weite Fassung der *Dassonville*-Formel bringt mit sich, daß bei einer Vielzahl von unterschiedslos anwendbaren und nicht spezifisch produktbezogenen, sondern die allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen des Absatzes in den einzelnen Mitgliedstaaten betreffenden Bestimmungen in eine Rechtfertigungsprüfung und eine Zweck-Mittel-Relation zu den Erfordernissen eines freien Warenverkehrs eingetreten werden muß, mit dem häufigen Ergebnis, daß diese bestimmten Verkaufsmodalitäten sich letztlich doch als gerechtfertigt erweisen. Durch das *Keck-Urteil*¹⁴⁸ eröffnet der Europäische Gerichtshof den Weg, ohne eine offene Einzelfallabwägung auf Grundlage der Rechtsprechung *Cassis de Dijon* oder der Ausnahmeregelungen des Artikels 30 EG-Vertrag, die Anwendung der *Dassonville*-Formel grundsätzlich bei allgemein geltenden bestimmten Verkaufsmodalitäten unter bestimmten Voraussetzungen generell auszuschließen.¹⁴⁹ Der

¹⁴⁸ EuGH verb. Rs. C-267/91, C-268/91 *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, EuGHE 1993, I-6097

¹⁴⁹ zur umfangreichen Literatur vgl. etwa: Arndt, Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufsbeschränkungen, ZIP 1994, 188; Becker, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung in Artikel 30 EG-Vertrag, EuR 1994, 162; Chalmers, Repackaging the Internal Market – The Ramifications of the Keck-Judgement, ELR 1994, 385; Ehrlicke, Das Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis im Gemeinschaftsrecht, WuW 1994, 108; Eveling, Die Rechtsprechung des EuGH zum freien Warenverkehr im Binnenmarkt, ZLR 1989, 304; Gormley, Two Years after Keck, Fordham Int'l L.J. 1996, 866; Jickeli, Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips, JZ 1995, 57; Joliet, Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, GRUR Int. 1994, 979; Kotthoff, Der Schutz des Euro-Marketings über Artikel 30 EG-Vertrag, WRP 1996, 79; Meyer, Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs – Abkehr vom „flüchtigen Verbraucher“, WRP 1993, 215; Möschel, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, NJW 1994, 429; Moore, Re-visiting the limits of Article 30 EEC, ELR 1994, 195; Petschke, Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1994, 107; Reich, The „November Revolution“ of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited, CMLR 1994, 459; Remien, Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, JZ 1994, 349; Schilling, Rechtsfragen zu Artikel 30 EG-Vertrag, EuR 1994, 50;

Europäische Gerichtshof führt in der *Keck*-Entscheidung aus, daß entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne der *Dassonville*-Formel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.¹⁵⁰

Liegt eine allgemeine Verkaufsmodalität zur Verhinderung von Verwechslungen oder zum Schutz des Verbrauchers vor, wird also kein Recht des gewerblichen Eigentums geltend gemacht, so fällt diese Maßnahme nur dann in den Anwendungsbereich des Artikel 28 EG-Vertrag, wenn sie geeignet ist, den Marktzugang für Waren aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern als für nationale Erzeugnisse.¹⁵¹ Macht hingegen ein Wettbewerber gegenüber einem Konkurrenten aus einem anderen Mitgliedstaat einen aus dem nationalen Markenrecht resultierenden Unterlassungsanspruch geltend und kann das markierte Erzeugnis aus einem anderen Mitgliedstaat deshalb überhaupt nicht, nicht in dieser Form oder nicht unter dieser Marke vertrieben werden, so fällt dies entsprechend der *Dassonville*-Formel in den Anwendungsbereich des Artikel 28 EG-Vertrag.¹⁵² Es ist dann im Rahmen der nachfolgend

Stuyck, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union, WRP 1994, 579

¹⁵⁰ EuGH verb. Rs. C-267/91, C-268/91 *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, EuGHE 1993, I-6097, Rdnr. 16; vgl. auch EuGH Rs. C-63/94 *Groupement National des Negociants en Pommes de Terre de Belgique gegen ITM Belgium SA und Vocarex SA* EuGHE 1995, I-2467, 2490 f., Rdnr. 12

¹⁵¹ Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, 3. Aufl., Art. 28, Rdnr. 35

¹⁵² Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, 3. Aufl., Art. 28, Rdnr. 35

dargestellten Ausnahmeregelungen des Artikel 30 EG-Vertrag für gewerbliches und kommerzielles Eigentum zu prüfen, ob und inwieweit die in Frage stehende Maßnahme zulässig ist.

2.2.2 Ausnahmen bestimmter Verbote und Beschränkungen

2.2.2.1 Normzweck und Bedeutung

Der Normzweck des Artikel 30 EG-Vertrag besteht in einer ausnahmsweisen Anwendungserlaubnis von Regelungen und Praktiken, die den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar behindern, obwohl diese unter das Verbot des Artikel 28 EG-Vertrag fallen, soweit dies zum Schutz der in Artikel 30 EG-Vertrag aufgeführten Rechtsgüter erforderlich ist. Im Konfliktfall hat insoweit der Schutz der genannten Rechtsgüter Vorrang vor dem freien Warenverkehr.¹⁵³ Aus dem Charakter des Artikel 30 EG-Vertrag als Ausnahme zu der gemeinschaftsrechtlichen Grundregel eines freien und ungehinderten Warenverkehrs folgt, daß dieser als Ausnahmenvorschrift grundsätzlich restriktiv auszulegen ist.¹⁵⁴ Dies entspricht dem Normzweck, nämlich der Zulassung von Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit als elementare Grundlage der Gemeinschaft und des Integrationsprozesses nur zum Schutz ganz bestimmter Rechtsgüter und unter ganz bestimmten Voraussetzungen.¹⁵⁵ Es ist nicht Zweck des Artikel 30 EG-Vertrag, bestimmte Sachgebiete einer ausschließlichen mitgliedstaatlichen

¹⁵³ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 2

¹⁵⁴ vgl. etwa; EuGH Rs. 29/72 *Marimex gegen Italienische Finanzverwaltung*, EuGHE 1972, 1309, Rdnr. 4; EuGH Rs. 95/81 *Kommission gegen Italien*, EuGHE 1982, 2187, Rdnr. 27; EuGH Rs. C-205/89 *Europäische Kommission gegen Griechenland*, EuGHE 1991, I-1361, Rdnr. 9; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 2, 23; Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV-, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 2

¹⁵⁵ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 24

Zuständigkeit vorzubehalten.¹⁵⁶ Dies folgt aus der Angleichungsermächtigung der 94 und 95 EG-Vertrag (ex-Artikel 100 und 100a), die insbesondere auch die Überwindung einzelstaatlich verursachter und aus Gründen des Artikel 30 EG-Vertrag gerechtfertigter Behinderungen eines freien und ungehinderten Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft ermöglicht.¹⁵⁷

Erfüllt eine bestimmte Maßnahme die oben unter Artikel 28 EG-Vertrag dargestellten Voraussetzungen einer mengenmäßigen Beschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung, ist diese grundsätzlich verboten. Artikel 30 EG-Vertrag erlaubt den Mitgliedstaaten aus den dort aufgeführten Gründen Abweichungen von dem Verbot des Artikel 28 EG-Vertrag. Entgegen der Wortlautbegrenzung auf Verbote und Beschränkungen, gilt Artikel 30 EG-Vertrag auch für Maßnahmen gleicher Wirkung.¹⁵⁸ Die absolute Grenze der Ausnahmeregelung findet sich in Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag, der von seinem Rechtsgedanken gleich ist mit Artikel 81 Absatz 3 Ziffer b EG-Vertrag, und nach dem diese Verbote oder Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung, noch eine verschleierte Handelsbeschränkung zwischen den Mitgliedstaaten darstellen dürfen.¹⁵⁹

Aus dem Normzweck des Artikel 30 EG-Vertrag folgt des weiteren, daß ein Rückgriff auf die Ausnahmeregelungen immer dann ausgeschlossen

¹⁵⁶ ständige Rechtsprechung, vgl.: EuGH Rs. 251/78 *Denkavit Futtermittel GmbH gegen Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen*, EuGHE 1979, 3369, 3388; EuGH Rs. C-367/89 *Strafverfahren gegen Aime Richardt*, EuGHE 1991, I-4621, 4651, Rdnr. 19; EuGH Rs. 35/76 *Simmenthal S.P.A. gegen Italienisches Finanzministerium*, EuGHE 1976, 1871, 1886; EuGH Rs. 5/77 *Tedeschi gegen Denkavit Commerciale S.R.L.*, EuGHE 1977, 1555; EuGH Rs. 72/83 *Campus Oil und andere gegen Minister for Industrie and Energy und andere*, EuGHE 1984, 2727, 2751; EuGH Rs. 153/78 *Europäische Kommission gegen Deutschland*, EuGHE 1979, 2555, 2564

¹⁵⁷ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 3

¹⁵⁸ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 1

¹⁵⁹ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 1

ist, wenn dem jeweiligen Schutzanliegen durch bestehende gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen (Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen) Rechnung getragen werden kann. Wird nämlich das bestehende Rechtsgut durch eine gemeinschaftsrechtliche Regelung geschützt, entfällt das Bedürfnis nach einem autonomen mitgliedstaatlichen Schutz, denn ansonsten würde das bestehende gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsbestreben unterlaufen.¹⁶⁰ Es bleibt den Mitgliedstaaten aber das Berufen auf das Ausscherrecht des Artikel 95 Absatz 4 EG-Vertrag, das durch die Einheitliche Europäische Akte eingeführt wurde.¹⁶¹ Bei Nichterreichen des gemeinschaftsrechtlichen Schutzniveaus kann nur durch eine Modifikation der entsprechenden sekundärrechtlichen Regelung Abhilfe geschaffen werden.¹⁶² Daraus folgt jedoch gleichzeitig, daß nicht jede sachgegenständlich einschlägige Gemeinschaftsregelung einen Rückgriff aus Artikel 30 EG-Vertrag generell ausschließt, denn es ist nach dem Umfang des Regelungsanspruchs zu differenzieren.¹⁶³ Insbesondere bleibt im Rahmen der Richtlinienggebung der Rückgriff auf die Ausnahmenvorschrift des Artikel 30 EG-Vertrag so lange erhalten, wie die Harmonisierung der nationalen Regelungen in dem sachgegenständlich betroffenen Bereich noch nicht abgeschlossen ist.¹⁶⁴

¹⁶⁰ EuGH Rs. C-5/94 *The Queen gegen Ministry of Agriculture*, EuGHE 1996, I-2553, Rdnr. 18; EuGH Rs. 148/78 *Strafverfahren gegen Ratti*, EuGHE 1979, 1629, Rdnr. 36; EuGH Rs. 251/78 *Denkavit Futtermittel GmbH gegen Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen*, EuGHE 1979, 3369, Rdnr. 14; EuGH Rs. 25/88 *Strafverfahren gegen Wurmser*, EuGHE 1989, 1105, Rdnr. 12; EuGH Rs. C-323/93 *Crespelle gegen Coopérative d'élevage*, EuGHE 1994, I-5077, Rdnr. 31; EuGH Rs. C-120/95 *Nicolas Decker gegen Caisse de malaide des employés privés*, EuGHE 1998, I-1831, Rdnr. 42 f.

¹⁶¹ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 10 und Art. 95, Rdnr. 20 ff. m. w. N.; vgl. m. w. N. Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 15 und die Kommentierung zu Artikel 100 a

¹⁶² EuGH Rs. 29/87 *Dansk Denkavit A.P.S. gegen Landbrugsministeriet*, EuGHE 1988, 2965, Rdnr. 15 f.

¹⁶³ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 13

¹⁶⁴ EuGH Rs. 215/87 *Heinz Schumacher gegen Hauptzollamt Frankfurt am Main*, EuGHE 1989, 617, 638, Rdnr. 15; EuGH Rs. C-369/88 *Strafverfahren gegen Jean Marie Delattre*, EuGHE 1991, I-1487, 1539, Rdnr. 48; EuGH Rs. C-347/89 *Freistaat Bayern gegen Eurim-Pharma GmbH*, EuGHE 1991, I-1747, 1770, Rdnr. 26; EuGH Rs. C-62/90 *Europäische Kommission gegen Deutschland*, EuGHE 1992, I-2575, 2605, Rdnr. 10; EuGH Rs. C-317/92 *Europäische Kommission gegen Deutschland*, EuGHE 1994, I-2039,

Der Bereich des gewerblichen und kommerziellen Eigentums ist geprägt von zahlreichen Rechtsangleichungs- und Harmonisierungsmaßnahmen oder Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten.¹⁶⁵ Es sind teilweise gemeinschaftliche Schutzrechte geschaffen worden, die dem Rechtsinhaber zum einen den gemeinschaftsweiten Schutzzumfang garantieren und zum anderen von der Notwendigkeit befreien, in jedem einzelnen Mitgliedstaat gesonderten Schutz zu beantragen. Unberührt von der Schaffung gemeinschaftlicher Schutzrechte bleibt regelmäßig das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten, nationale Schutzrechte zu verleihen.¹⁶⁶ Aufgrund des Territorialitätsprinzips wirken diese nur national. Die Harmonisierung der Unterschiede zwischen den jeweiligen nationalen Markenrechtsordnungen und die Beseitigung derjenigen Hemmnisse, die das reibungslose Funktionieren des Gemeinsamen Marktes hindern und aus dem Vorliegen verschiedener nationaler Markenrechtsordnungen resultieren, ist Aufgabe der Europäischen Markenrechts-Richtlinie.¹⁶⁷ Infolge der umfassenden Harmonisierung des Markenrechts sind alle, von der Markenrechts-Richtlinie betroffenen,

2060, Rdnr. 14; EuGH Rs. C-320/93 *Lucien Ortscheid GmbH gegen Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, EuGHE 1994, I-5243, 5263, Rdnr. 14; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 13

¹⁶⁵ ausführliche Darstellung bei: Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 25

¹⁶⁶ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 25

¹⁶⁷ Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABL. vom 11. Februar 1989, L 040/1. Sinn und Zweck der Markenrechts-Richtlinie ist die Angleichung der unterschiedlichen nationalen Markenrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, um diejenigen Hemmnisse zu beseitigen, die das reibungslose Funktionieren des Gemeinsamen Marktes hindern und aus dem Vorliegen verschiedener nationaler Markenrechtsordnungen resultieren. Von besonderer Wichtigkeit für die Parallelhandelsproblematik ist Artikel 7 der Markenrechts-Richtlinie, der das Prinzip der Rechterschöpfung konstituiert. Artikel 7 Absatz 1 Markenrechts-Richtlinie schränkt die Möglichkeit des Markenrechtsinhabers ein, seine Rechte dahingehend auszuüben, daß Dritte an der weiteren Verwertung markenrechtlich geschützter Waren nicht gehindert werden können, sobald die Waren von dem Rechteinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht wurden.

nationalen Maßnahmen anhand dieser Richtlinie zu beurteilen.¹⁶⁸ Es wird die bisherige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hierdurch aber keinesfalls obsolet, denn aufgrund der Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten ist es diesem verwehrt, mittels eines Aktes des Sekundärrechts die Grundfreiheiten ohne Vorliegen gewichtiger Gründe des Allgemeininteresses einzuschränken.¹⁶⁹ Die sekundärrechtlichen Vorschriften der Markenrechts-Richtlinie sind demgemäß stets im Lichte der Warenverkehrsfreiheit auszulegen, wobei entsprechend der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts immer die den Warenverkehr am wenigsten beschränkende Möglichkeit zu wählen ist, sofern mehrere zur Auswahl stehen.¹⁷⁰

Kommt man aufgrund dieser Auslegung zu einem Verstoß gegen die Freiverkehrsgrundsätze und steht der Gemeinschaft nicht ausnahmsweise ein Ermessensspielraum zu, ist die gemeinschaftsrechtliche Vorschrift nichtig.¹⁷¹ Nach dem Prinzip der Mindestharmonisierung steht es den Mitgliedstaaten frei, immer dann, wenn durch eine Gemeinschaftsregelung kein abschließender, sondern lediglich ein Mindeststandard gesetzt wird, an diesem Standard festzuhalten oder neue, strengere Standards

¹⁶⁸ EuGH verb. Rs. C-427/93, C-429/93, C-436/93 *Bristol-Myers Squibb gegen Paranova und andere*, EuGHE 1996, I-3457, 3527, Rdnr. 25, 26 = GRUR Int. 1996, 1144; EuGH Rs. C-352/95 *Phytheron International SA gegen Jean Bourdon SA*, EuGHE 1997, I-1729 ff., 1746, Rdnr. 17 = GRUR Int. 1997, 627; EuGH Rs. C-337/95 *Christian Dior SA gegen Evora BV*, EuGHE 1997, I-6013, 6048, Rdnr. 42 = GRUR Int. 1998, 140

¹⁶⁹ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 10 ff., insbes. 12; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 14 ff.; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 25

¹⁷⁰ EuGH verb. Rs. C-427/93, C-429/93, C-436/93 *Bristol-Myers Squibb gegen Paranova und andere* EuGHE 1996, I-3457, 3527, Rdnr. 27 = GRUR Int. 1996, 1144; EuGH Rs. C-352/95 *Phytheron International SA gegen Jean Bourdon SA*, EuGHE 1997, I-1729 ff., 1746, Rdnr. 18 = GRUR Int. 1997, 627; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44

¹⁷¹ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 25

einzuführen.¹⁷² Diese Ermächtigungsklausel ist jedoch nicht dahingehend auszulegen, daß es den einzelnen Mitgliedstaaten freigestellt ist, solche Standards vorzuschreiben, die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den freien Warenverkehr zuwiderlaufen.¹⁷³ Aus dem Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung folgt, daß den einzelnen Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit eröffnet ist, solche Regelungen beizubehalten oder neu zu erlassen, die mit der Grundfreiheit des Warenverkehrs vereinbar sind.¹⁷⁴ Gleiches gilt auch für die Bereiche, in denen es zu einer Totalharmonisierung gekommen ist, jedoch wird hier eine Auslegung im Lichte der Warenverkehrsfreiheit nur dann vonnöten, wenn die in Frage stehende sekundärrechtliche Regelung überhaupt zu einer Behinderung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs geeignet ist, denn der Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung reicht nur so weit, wie überhaupt Konfliktsituationen auftreten können.¹⁷⁵ Die sekundärrechtliche Regelung ist regelmäßig aus sich heraus auszulegen, wenn eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs aufgrund der Beseitigung der Rechtsunterschiede zwischen den jeweiligen Mitgliedstaaten ausscheidet, so daß es eines Rückgriffs auf die Vorschriften der Artikel 28 ff. EG-Vertrag dann nicht mehr bedarf.¹⁷⁶ In der Literatur wird kritisiert, daß gerade dies häufig von dem Europäischen Gerichtshof übersehen wird.¹⁷⁷

¹⁷² Lenz/Borchardt, EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 2. Aufl., Art. 30, Rdnr. 2; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44

¹⁷³ EuGH Rs. C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SPA gegen Unita Sanitaria Locale N. 2 Di Carrara und 3 M Italia SPA*, EuGHE 1990, I-889, 921, Rdnr. 17; EuGH Rs. C-47/90 *Delhaize gegen Promalvin SA*, EuGHE 1992, I-3669, 3711, Rdnr. 26; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44

¹⁷⁴ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 19; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44

¹⁷⁵ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44

¹⁷⁶ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 14; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44

¹⁷⁷ insbesondere im Rahmen des Täuschungsschutzes; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44 m.w.N.

2.2.2.2 Schutz des geistigen Eigentums

Die in Artikel 30 Satz 1 EG-Vertrag genannten Schutzgründe lassen sich unter den Oberbegriff der öffentlichen Ordnung subsumieren. Ein alleiniges Berufen eines Mitgliedstaats auf eines der aufgeführten Rechtsgüter genügt nicht, vielmehr muß die beschränkende Maßnahme aus einem dieser Gründe gerechtfertigt sein und darf nicht gegen Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag verstoßen.¹⁷⁸ Der Europäische Gerichtshof subsumiert unter den Oberbegriff der gewerblichen Schutzrechte im Sinne von Artikel 30 Satz 1 EG-Vertrag alle einem Rechtssubjekt durch einen Mitgliedstaat verliehenen Ausschließlichkeitsrechte einschließlich des Urheberrechts, obwohl letzteres aufgrund der starken persönlichkeitsrechtlichen Prägung kein gewerbliches Schutzrecht im eigentlichen Sinne ist.¹⁷⁹ Die vorliegende Arbeit behandelt das Konfliktverhältnis der Warenverkehrsfreiheit zu dem Markenrecht, das gemäß der Entscheidung *Centrafarm gegen Winthrop*¹⁸⁰ des Europäischen Gerichtshofs vom Schutzbereich des Artikel 30 Satz 1 EG-Vertrag erfaßt wird.¹⁸¹

¹⁷⁸ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 47

¹⁷⁹ EuGH Rs. 144/81 *Keurkopp BV gegen Nancy Keene Gifts BV*, EuGHE 1982, 2853, 2870, Rdnr. 14; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 19

¹⁸⁰ EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop BV*, EuGHE 1974, 1183

¹⁸¹ ebenso EuGH Rs. 192/73 *Van Zuylen Frères gegen Hag GF AG (HAG I)*, EuGHE 1974, 731, 744; EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913, 949; EuGH Rs. 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, EuGHE 1978, 1139, 1164 f.; EuGH Rs. 86/75 *EMI Ltd. gegen CBS Grammophon A/S*, EuGHE 1976, 871, 906 f.; EuGH Rs. 3/78 *Centrafarm BV gegen AHPC*, EuGHE 1978, 1823, 1840 f.; EuGH Rs. 1/81 *Pfizer Inc. gegen Eurin-Pharm GmbH*, EuGHE 1981, 2913; EuGH Rs. 119/75 *Terrapin (Overseas) Ltd. gegen Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.*, EuGHE 1976, 1039, 1062 = GRUR Int. 1976, 402

2.2.2.3 Verhältnismäßigkeit

Regelmäßig kommt eine Rechtfertigung gemäß Artikel 30 EG-Vertrag nur dann in Betracht, wenn die Maßnahme aus den angeführten Gründen gerechtfertigt ist, Artikel 30 Satz 1 EG-Vertrag, und zudem die, unter Berufung auf die Ausnahmeregelung, ergriffenen Verbote oder Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Handelsbeschränkung darstellen, Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag. Aus dem Wortlaut des Artikel 30 EG-Vertrag geht nicht hervor, in welchem Verhältnis diese Anforderungen zueinander stehen und auch der Europäische Gerichtshof hat sich zu dieser Frage noch nicht abschließend geäußert. Es deuten einige Entscheidungen darauf hin, daß der Gerichtshof die Erfordernisse des Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag als besondere Ausprägung des jedenfalls zur Anwendung kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sieht.¹⁸² Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im einzelnen verlangt, daß die jeweilige Maßnahme geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, daß die Maßnahme in Bezug auf die Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs das mildeste Mittel darstellt und, daß das Ausmaß der Beeinträchtigung und der angestrebte Rechtsgüterschutz in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.¹⁸³ Eine Maßnahme ist dann nicht geeignet, wenn sie gänzlich untauglich ist, das angestrebte Ziel zu erreichen und wenn vergleichbare Sachverhalte nicht in gleichem Maß erfaßt oder geregelt werden.¹⁸⁴ Eine Maßnahme ist dann nicht erforderlich, wenn das angestrebte Schutzziel auch durch, den Warenverkehr weniger

¹⁸² EuGH Rs. 174/82 *Strafverfahren gegen Sandoz*, EuGHE 1983, 2445, Rdnr. 42 ff.; EuGH Rs. 247/84 *Strafverfahren gegen Motte*, EuGHE 1985, 3887, Rdnr. 23; Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 48 m. w. N.

¹⁸³ EuGH Rs. 274/87 *Europäische Kommission gegen Deutschland*, EuGHE 1989, 229, Rdnr. 6; EuGH Rs. 35/76 *Simmenthal S.P.A. gegen Italienisches Finanzministerium*, EuGHE 1976, 1871; EuGH Rs. C-347/89 *Freistaat Bayern gegen Eurim Pharma GmbH*, EuGHE 1991, I-1747

¹⁸⁴ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 52 ff. m. w. N.

einschränkende, Maßnahmen erreicht werden kann.¹⁸⁵ Im Rahmen der Angemessenheit sind die Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs und die verfolgten Schutzinteressen gegeneinander abzuwägen.¹⁸⁶ Die Ausnahmeeinschränkung des Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag bildet eine absolute Grenze und soll Mißbrauch, Diskriminierungen und Protektionismus in Form von mittelbarem Schutz für die einheimischen Produkte verhindern.¹⁸⁷

2.3 Zwischenergebnis

Ein Markenrecht eignet sich dazu, die einzelnen innergemeinschaftlichen Märkte voneinander abzuschotten. Dies begründet sich insbesondere in dem Territorialitätsprinzip. Ein nationales Markenrecht, das von der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates verliehen wird, ist gemäß dem Grundsatz der Territorialität auf das Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaats beschränkt.¹⁸⁸ Dieses nationale Markenrecht entfaltet seine Wirkung jedoch nicht nur im Verkehr innerhalb des betreffenden Mitgliedstaats, sondern auch gegenüber Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten. Gemäß dem Prinzip der Territorialität kann sich ein Rechteinhaber grundsätzlich dem Import von Waren, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Staat in den Verkehr gebracht worden sind,

¹⁸⁵ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 54 ff. m. w. N.

¹⁸⁶ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 57 m. w. N.

¹⁸⁷ EuGH Rs. 34/79 *Strafverfahren gegen Maurice Henn und John Frederick Ernst Darby*, EuGHE 1979, 3795, 3815; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 9

¹⁸⁸ vgl. etwa: EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, 2844, Rdnr. 22 = GRUR Int. 1994, 614; EuGH Rs. C-317/91 *Renault gegen Audi*, EuGHE 1993, I-6227, Rdnr. 20, 21, 30; EuGH Rs. 238/87 *Volvo gegen Erik Veng*, EuGHE 1988, 6211, Rdnr. 7; EuGH Rs. 341/87 *EMI Electrola GmbH gegen Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH*, EuGHE 1989, 79, Rdnr. 11; anders die europäische Gemeinschaftsmarke, deren Schutzzumfang nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft ist

widersetzen.¹⁸⁹ Die damit verbundenen innergemeinschaftlichen Handelsbeschränkungen sind nach Artikel 30 Satz 1 EG-Vertrag grundsätzlich gerechtfertigt, denn es werden ausdrücklich Einfuhrhindernisse aus Gründen des gewerblichen und kommerziellen Eigentums zugelassen.¹⁹⁰ Da das Markenrecht zur Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten gehört, die entsprechend Artikel 295 EG-Vertrag (ex-Artikel 222) nicht von den Regelungen des EG-Vertrages berührt werden, wird das Markenrecht auch insoweit vom Gemeinschaftsrecht geschützt.¹⁹¹ Aus diesem Grund entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz des Markenrechts nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaats und dem Grundsatz des freien Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft.¹⁹² Dies führt zu der Problematik der Abwägung zwischen dem aus den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen fließenden Ausschließlichkeitsrecht und dem aus dem Gemeinschaftsrecht fließenden Recht auf den freien Warenverkehr.¹⁹³ Im Rahmen dieser Abwägung wurden auf europäischer Ebene verschiedene Modelle entwickelt, die nachfolgend dargestellt werden.

2.4 Lehre von Bestand und Ausübung

Die Warenverkehrsfreiheit ist essentiell für die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes in der Europäischen Gemeinschaft. Die Waren sollen frei und ungehindert im Gemeinsamen Markt zirkulieren können. Der Durchsetzung eben dieser gemeinschaftsrechtlich garantierten Freiheit des Warenverkehrs stehen sowohl die unterschiedlichen

¹⁸⁹ Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union: Rechtsordnung und Politik, 4. Aufl., S. 301

¹⁹⁰ Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union: Rechtsordnung und Politik, 4. Aufl., S. 301

¹⁹¹ Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union: Rechtsordnung und Politik, 4. Aufl., S. 301

¹⁹² Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 20

¹⁹³ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 6

nationalen Markenrechtsordnungen in der Europäischen Gemeinschaft als auch Artikel 295 EG-Vertrag (ex-Artikel 222) entgegen, der bestimmt, daß der EG-Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt läßt und so das beschriebene Spannungsfeld weiter kompliziert.¹⁹⁴ Artikel 295 EG-Vertrag (ex-Artikel 222) leitet sich ab von Artikel 83 des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS-Vertrag), dessen Sinn und Zweck es ist, den Mitgliedstaaten freizustellen, ob die dem EGKS-Vertrag unterfallenden Unternehmen in staatlichem oder privatem Eigentum stehen.¹⁹⁵ Im Zusammenhang mit den gewerblichen Schutzrechten hat der Europäische Gerichtshof wiederholt klargestellt, daß weder die diesbezügliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten noch der Artikel 295 EG-Vertrag die Mitgliedstaaten von der Verpflichtung entbinden, die Binnenmarktregeln, insbesondere die Grundfreiheiten und die Kartellregeln zu achten.¹⁹⁶

Rechtshistorisch findet die Lehre von Bestand und Ausübung eines Markenrechts ihren Ursprung in der Entscheidung *Consten und Grundig*¹⁹⁷ des Europäischen Gerichtshofs und beherrschte lange Zeit die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.¹⁹⁸ Danach bestimmt

¹⁹⁴ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Artikel 36, Rdnr. 69 ff.

¹⁹⁵ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 295 EG-Vertrag, Rdnr. 3; Vinje, Magill: Its Impact on the Information Technology Industry, EIPR 1992, 397, 398

¹⁹⁶ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 295 EG-Vertrag, Rdnr. 8 m. w. N.

¹⁹⁷ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

¹⁹⁸ Der EuGH wendet diese Unterscheidung auch in *Parke, Davis gegen Centrafarm* an und stellt den Grundsatz auf, daß das Bestehen eines Immaterialgüterrechts Sache des nationalen Rechts ist, die Normen des EG-Vertrages jedoch bezüglich der Ausübung eines solchen Rechts Anwendung finden können; EuGH Rs. 24/67 *Parke, Davis AND Co. gegen Centrafarm und andere*, EuGHE 1968, 81; siehe auch EuGH Rs. 144/81 *Keurkopp BV gegen Nancy Keene Gifts BV*, EuGHE 1982, 2853 und EuGH Rs. 35/87 *Thetford gegen Corooration Fiamma SPA*, EuGHE 1988, 3585; EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EuGHE 1971, I-487, Rdnr. 11 = GRUR Int. 1971, 450; EuGH Rs. 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, EuGHE

grundsätzlich jeder Mitgliedstaat selbständig über Erwerb, Dauer und Beschaffenheit eines Markenrechts. Dies wird als Bestand des Markenrechts bezeichnet und bleibt aufgrund von Artikel 295 EG-Vertrag (ex-Artikel 222) ausgenommen von der gemeinschaftsrechtlichen Regelungskompetenz.¹⁹⁹ Anders hingegen verhält es sich mit der Ausübung eines Markenrechts durch den Rechtsinhaber.²⁰⁰ In seiner Entscheidung *Deutsche Grammophon*²⁰¹ hat der Europäische Gerichtshof die Ansicht vertreten, daß, obwohl der EG-Vertrag den Bestand der von den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verliehenen Immaterialgüterrechte unangetastet läßt, die Ausübung eben dieser Rechte sehr wohl in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags fallen kann und demnach unter dem Vorbehalt von dessen Regelungen steht.²⁰²

Bei näherer Betrachtung erweist sich die Lehre von Bestand und Ausübung jedoch als inhaltslose und wertlose Unterscheidungsformel und trägt nur wenig zur Lösung des Konflikts zwischen Warenverkehrsfreiheit und nationalem Markenrecht bei.²⁰³ Die Lehre von Bestand und Ausübung ist dogmatisch gesehen nicht einwandfrei, denn der konkrete Bestand eines Markenrechts manifestiert sich gerade auch in den von ihm gewährten Ausübungsrechten.²⁰⁴ Pragmatisch gesehen ist der Bestand

1978, 1139, Rdnr. 6; EuGH Rs. 58/80 *Dansk Supermarked A/S gegen Imerco A/S*, EuGHE 1981, 181, Rdnr. 11

¹⁹⁹ EuGH Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.*, EuGHE 1974, 1147

²⁰⁰ EuGH Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.*, EuGHE 1974, 1147

²⁰¹ EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450

²⁰² EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EuGHE 1971, I-487, Rdnr. 11 = GRUR Int. 1971, 450; vgl. auch EuGH Rs. 24/67 *Parke, Davis and Co. gegen Centrafarm und andere*, EuGHE 1968, 81; Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 38

²⁰³ Beier, Industrial Property and the Free Movement of Goods, 2 IIC 1990, 131, 147; Tritton, Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an Ideal Standard?, EIPR 1994, 422, 423

²⁰⁴ Beier, Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten; GRUR Int. 1989, 603, 619; Ebenroth/Hübschle, „Bestand“ und „Ausübung“ gewerblicher Schutzrechte, EWS 1994, 109

eines Markenrechts wertlos, wenn der Rechtsinhaber nicht die Möglichkeit hat, dieses Recht auch auszuüben.²⁰⁵ Eine abschreckende Wirkung gegenüber potentiellen Rechtsverletzern entfaltet ein Recht nämlich nur dann, wenn es auch ausgeübt werden kann.²⁰⁶ Die Unantastbarkeit des Bestands eines Markenrechts einerseits und die gleichzeitige Schwäche bei der Ausübung andererseits lassen die Trennung in dem EG-Vertrag nicht logisch erscheinen.²⁰⁷ Die Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung eines Markenrechts bedeuten gleichzeitig, daß ein wesentlicher Teil der nationalen Markenrechtsordnungen nicht durchsetzbar ist, was wiederum einen Eingriff in den Bestand des Markenrechts darstellt.

Unumstritten ist, daß bei Fehlen einer einheitlichen gemeinschaftsweiten Regelung oder Harmonisierung die formellen und materiellen Voraussetzungen, nach denen ein Markenrecht verliehen wird, Sache der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen ist.²⁰⁸ In diesem Zusammenhang ist anerkannt, daß der Bestand eines Markenrechts geschützt ist vor solchen Eingriffen, die auf die Vorschriften des EG-Vertrags gestützt werden.²⁰⁹ Allerdings vermag dies nicht die Lehre von Bestand und Ausübung zu stützen, denn der Gebrauch eines Markenrechts kann nicht aufgrund von Artikel 28 EG-Vertrag beschränkt werden, nur weil Unterschiede in den jeweiligen nationalen Markenrechtsordnungen bestehen. Ein Rechtsinhaber ist etwa nicht daran gehindert, sein Recht zur Verhinderung des Warenimports einzusetzen, bloß weil das Parallelrecht in einem anderen Mitgliedstaat ausgelaufen ist.²¹⁰ Die

²⁰⁵ Tritton, Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an Ideal Standard?, EIPR 1994, 422, 423

²⁰⁶ Tritton, Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an Ideal Standard?, EIPR 1994, 422, 423

²⁰⁷ Beier, Industrial Property and the Free Movement of Goods, 2 IIC 1990, 131, 147; Tritton, Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an Ideal Standard?, EIPR 1994, 422, 423

²⁰⁸ siehe etwa EuGH Rs. 144/81 *Keurkopp BV gegen Nancy Keene Gifts BV*, EuGHE 1982, 2853; EuGH Rs. 341/87 *EMI Electrola GmbH gegen Patricia Im- und Export*, EuGHE 1989, 79

²⁰⁹ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 21

²¹⁰ EuGH Rs. 341/87 *EMI Electrola GmbH gegen Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH*, EuGHE 1989, 79

Harmonisierung der Unterschiede zwischen den jeweiligen nationalen Markenrechtsordnungen und die Beseitigung derjenigen Hemmnisse, die das reibungslose Funktionieren des Gemeinsamen Marktes hindern und aus dem Vorhandensein verschiedener nationaler Markenrechtsordnungen resultieren, ist Aufgabe der Europäischen Markenrechts-Richtlinie.²¹¹

Die Unterscheidungsformel zwischen Bestand und Ausübung hat einen Bedeutungswandel erfahren durch die Anerkennung der Vorschriften über den freien Warenverkehr als maßgebliche Rechtsgrundlage für die markenrechtliche Erschöpfung.²¹² Der Europäische Gerichtshof wendet in der Entscheidung *Ideal Standard*²¹³ die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung nicht mehr an, so daß die Theorie spätestens seit dieser Entscheidung lediglich noch von rechtshistorischem und rechtswissenschaftlichem Interesse ist. Praktische Anwendung in der Entscheidungspraxis des Europäischen Gerichtshofs findet sie nicht mehr.

2.5 Zwischenergebnis

Maßgeblich für die im Rahmen von Artikel 30 EG-Vertrag notwendige Abwägung ist allein der Inhalt des einzelnen Immaterialgüterrechts, hier des Markenrechts.²¹⁴ Die Lehre von Bestand und Ausübung ist überholt. Die inhaltliche Konkretisierung eines Schutzrechts und die Bestimmung der Grenzen der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz erfolgen nunmehr alleine anhand der Lehre von dem spezifischen Gegenstand.²¹⁵

²¹¹ Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABL. vom 11. Februar 1989, L 040/1

²¹² Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 73

²¹³ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, Rdnr. 37 = GRUR Int. 1994, 614

²¹⁴ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 21

²¹⁵ EuGH Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.*, EuGHE 1974, 1147

Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung *Königreich Spanien gegen Rat der Europäischen Union* vom 13. Juni 1995 klargestellt, daß die Gemeinschaft trotz des Vorbehalts in Artikel 295 EG-Vertrag über die Binnenmarktharmonisierungskompetenz des Artikel 95 EG-Vertrag befugt ist, Regelungen selbst zum Kernbereich der Immaterialgüterrechte zu treffen und auf Grundlage des Artikel 308 EG-Vertrag (ex-Artikel 235) auch neue Kompetenztitel zu schaffen.²¹⁶ So ist etwa die Gemeinschaftsmarkenverordnung auf Artikel 308 EG-Vertrag gestützt, wonach der Rat auf Vorschlag der Europäischen Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig die geeigneten Vorschriften erlassen kann, wenn ein Tätigwerden den Europäischen Gemeinschaft erforderlich erscheint, um im Rahmen des gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele, hier die Beseitigung von Handelshemmnissen sowie den Abbau von Wettbewerbsverfälschungen, zu verwirklichen, die dafür erforderlichen Befugnisse im EG-Vertrag aber nicht vorgesehen sind.²¹⁷ Inhaltlich konkretisiert wird die (noch) zulässige Ausübung eines nationalen Markenrechts heute durch die Lehre von dem spezifischen Gegenstand.

2.6 Lehre von dem spezifischen Gegenstand

Die mitgliedstaatliche Kompetenz zur Definition und Begründung eines Markenrechts impliziert im Zusammenhang mit ihrer Geltendmachung die Gefahr sehr weitgehender Beschränkungen des freien und ungehinderten innergemeinschaftlichen Warenverkehrs, denn die Ausübung eines Markenrechts ist im Gegensatz zu seiner Begründung nicht auf rein nationale Sachverhalte beschränkt.²¹⁸ Dieser Grundsatz der Territorialität

²¹⁶ EuGH Rs. C-350/92 *Königreich Spanien gegen Rat der Europäischen Union*, EuGHE 1995, I-1985

²¹⁷ Freytag, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht – Patente und Marken versus Handelsfreiheit, S. 203

²¹⁸ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV-, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 39

kann die Abschottung nationaler Teilmärkte nach sich ziehen, was ein Tätigwerden der Rechtsprechung erforderlich werden läßt, um die Aushöhlung des Grundsatzes des freien Warenverkehrs zu verhindern. Der Europäische Gerichtshof bringt die Interessen der Rechtsinhaber einerseits und die des freien Warenverkehrs andererseits miteinander in Einklang, indem durch Artikel 30 EG-Vertrag ein Abweichen von dem grundlegenden Prinzip des freien Warenverkehrs in dem Umfang zugelassen wird, der zum Schutz des spezifischen Gegenstands des Rechtes erforderlich ist.²¹⁹ Gemäß der Entscheidung *Deutsche Grammophon gegen Metro Großmärkte*²²⁰ sind Beschränkungen des freien Handels nur insoweit erlaubt, soweit diese ihre Rechtfertigung in der Wahrnehmung derjenigen Rechte finden, die den spezifischen Inhalt eines Markenrechts darstellen.

Diese Formulierungen des Europäischen Gerichtshofs werfen die Frage auf, wie dieser spezifische Gegenstand zu definieren ist. Es ist bei der Bestimmung des spezifischen Gegenstands und der Erforderlichkeit des diesen spezifischen Inhalt wahrnehmenden Rechts zu beachten, daß die Wahrung des jeweiligen gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechts und die Erfordernisse des freien Warenverkehrs gegeneinander dergestalt aufeinander abgestimmt werden müssen, daß auf der einen Seite die rechtmäßige Ausübung des durch die jeweilige mitgliedstaatliche Rechtsordnung eingeräumten Ausschließlichkeitsrechts, das unter die gemäß Artikel 30 EG-Vertrag gerechtfertigten Einfuhrverbote fällt, geschützt wird und auf der anderen Seite jede mißbräuchliche Ausübung dieses Rechts untersagt wird, die geeignet ist, einzelne Teilmärkte des Gemeinsamen Markts voneinander abzuschotten oder

²¹⁹ Siehe z.B. EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450; EuGH Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.*, EuGHE 1974, 1147 für Patente; EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop BV*, EuGHE 1974, 1183 für Marken

²²⁰ EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co KG*, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450

derartige künstliche Abschottungen aufrechtzuerhalten.²²¹ Die Ausübung des Markenrechts ist demgemäß so weit einzuschränken, wie die beschriebene Abstimmung es erfordert.²²² Der Europäische Gerichtshof löst diese Problemstellung durch das Aufzeigen von Mindestinhalten oder Teilinhalten, die für jedes einzelne in Frage stehendes Immaterialgüterrecht gesondert bestimmt werden müssen.²²³ Hinsichtlich des spezifischen Gegenstands eines Markenrechts hat sich der Europäische Gerichtshof grundlegend in der Entscheidung *Centrafarm gegen Winthrop*²²⁴ geäußert. Danach steht dem Rechtsinhaber das ausschließliche Recht zu, die Marke zum ersten Mal zu benutzen, um das markierte Produkt auf den Markt zu bringen.²²⁵ Des weiteren wird der Markenrechtsinhaber vor Wettbewerbern geschützt, die einen Vorteil aus der Positionierung und dem guten Ruf der Marke ziehen wollen, indem sie Waren vertreiben, die in mißbräuchlicher Weise mit der Marke versehen sind.²²⁶

2.7 Zwischenergebnis

Die aus dem Territorialitätsprinzip folgende, den Freiverkehr der Waren behindernde Auswirkung der nationalen Markenrechte und der Grundsatz des freien Warenverkehrs werden durch den Europäischen Gerichtshof miteinander in Einklang gebracht, indem durch Artikel 30 EG-Vertrag ein Abweichen von dem grundlegenden Prinzip des freien Warenverkehrs in dem Umfang zugelassen wird, der zum Schutz des spezifischen

²²¹ EuGH Rs. 144/81 *Keurkopp BV gegen Nancy Keene Gifts BV*, EuGHE 1982, 2853, 2873; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 79

²²² Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 79

²²³ EuGH Rs. 55 und 57/80 *Musikvertrieb Membran gegen GEMA*, EuGHE 1981, 147

²²⁴ EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop BV*, EuGHE 1974, 1183

²²⁵ EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop BV*, EuGHE 1974, 1183

²²⁶ EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop BV*, EuGHE 1974, 1183

Gegenstands des Rechtes erforderlich ist.²²⁷ In ständiger Rechtsprechung konkretisiert der Europäische Gerichtshof den spezifischen Gegenstand unter Berücksichtigung der Lehre von der wesentlichen Funktion.²²⁸ Die Bestimmung der wesentlichen Markenfunktion dient namentlich zur genauen Bestimmung des beschriebenen ausschließlichen Rechts des Markenrechtsinhabers, die Marke beim erstmaligen Inverkehrbringen zu benutzen.

2.8 Lehre von der wesentlichen Funktion

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist das Markenrecht als ein wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs anzusehen, das durch den EG-Vertrag geschaffen werden soll.²²⁹ Gerade in einem derartigen System muß den Unternehmen die Möglichkeit verschafft werden, die Konsumenten durch die Qualität der von ihnen angebotenen Waren oder Dienstleistungen an sich zu binden. Eine derartige Bindung ist aber nur möglich, wenn es Kennzeichen gibt, anhand derer sich die einzelnen Waren oder Dienstleistungen identifizieren und unterscheiden lassen. Zweck der Bestimmung der wesentlichen Funktion ist es, festzustellen, welche Interessen bei der Abwägung zwischen dem freien Warenverkehr und einem ungehindertem Wettbewerb in Einklang zu bringen sind. Damit

²²⁷ Siehe z.B. EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450; EuGH Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.*, EuGHE 1974, 1147 für Patente; EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop BV*, EuGHE 1974, 1183 für Marken

²²⁸ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 81

²²⁹ EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990 I-3711 = GRUR Int. 1990, 960; EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789 = GRUR Int. 1994, 614; EuGH Rs. C-232/94 *MPA Pharma gegen Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, EuGHE 1996, I-3671 = WRP 1996, 874; EuGH verb. Rs. C-71/94, C-72/94, C-73/94 *Eurim-Pharma Arzneimittel GmbH gegen Beiersdorf*, EuGHE 1996, I-3603 = WRP 1996, 867; EuGH verb. Rs. C-427/93, C-429/93, C-436/93 *Bristol-Myers Squibb gegen Paranova und andere*, EuGHE 1996, I-3457 = GRUR Int. 1996, 1144; EuGH Rs. 39/97 *Canon Kubushiki Kaisha gegen Metro-Goldwyn-Mayer Inc.*, EuGHE 1998, I-5507 = GRUR 1998 922; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., Einl MarkenG, Rdnr. 36

einer Marke diese Funktion zukommt, muß die Marke Gewähr dafür bieten, daß alle unter der Marke angebotenen Waren oder Dienstleistungen unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt oder erbracht werden, das für ihre Qualität Verantwortung übernimmt und bezüglich dieser Verantwortung auch in Anspruch genommen werden kann.²³⁰ Der Markenrechtsinhaber drückt mit dem Anbringen der Marke auf der Ware dieser Ware den Stempel der Echtheit auf.²³¹

Die Hauptfunktion der Marke besteht also darin, dem Konsumenten die Ursprungsidentität der markierten Ware zu garantieren, indem die Ware ohne Verwechslungsgefahr von Waren anderer Herkunft unterschieden werden kann. Diese Herkunftsgarantie schließt mit ein, daß der Konsument sicher sein kann, daß an einer ihm angebotenen und mit der Marke versehene Ware nicht auf einer früheren Vermarktungsebene durch einen Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers ein Eingriff vorgenommen wurde, der den Originalzustand der Ware beeinträchtigt.²³² Mit anderen Worten wird dem Rechtsinhaber das Recht zur ausschließlichen Benutzung der Marke und zur ersten Vermarktung der

²³⁰ EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990 I-3711, Rdnr. 13 = GRUR Int. 1990, 960; EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, Rdnr. 37 = GRUR Int. 1994, 614; EuGH Rs. C-232/94 *MPA Pharma gegen Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, EuGHE 1996, I-3671, Rdnr. 16 = WRP 1996, 874; EuGH verb. Rs. C-71/94, C-72/94, C-73/94 *Eurim-Pharma Arzneimittel GmbH gegen Beiersdorf*, EuGHE 1996, I-3603, Rdnr. 30 = WRP 1996, 867; EuGH verb. Rs. C-427/93, C-429/93, C-436/93 *Bristol-Myers Squibb gegen Paranova und andere*, EuGHE 1996, I-3457, Rdnr. 43 = GRUR Int. 1996, 1144; EuGH Rs. 39/97 *Canon Kubushiki Kaisha gegen Metro-Goldwyn-Mayer Inc.*, EuGHE 1998, I-5507, Rdnr. 28 = GRUR 1998 922; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., Einl MarkenG, Rdnr. 36

²³¹ Beier, Grenzen der Erschöpfungslehre im Markenrecht, GRUR Int. 1978, 263, 264

²³² EuGH Rs. 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, EuGHE 1978, 1139, Rdnr. 7 = GRUR 1978, 599; EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990 I-3711, Rdnr. 8 = GRUR Int. 1990, 960; EuGH Rs. C-232/94 *MPA Pharma gegen Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, EuGHE 1996 I-3671, Rdnr. 20 = WRP 1996, 874; EuGH verb. Rs. C-71/94, C-72/94, C-73/94 *Eurim-Pharma Arzneimittel GmbH gegen Beiersdorf*, EuGHE 1996 I-3603, Rdnr. 34 = WRP 1996, 867; EuGH verb. Rs. C-427/93, C-429/93, C-436/93 *Bristol-Myers Squibb gegen Paranova und andere*, EuGHE 1996 I-3457, Rdnr. 47 = GRUR Int. 1996, 1144; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., Einl MarkenG, Rdnr. 36

markierten Ware verliehen.²³³ Die Marke dient somit zur Identifikation der Herkunft. Des weiteren wird dem Rechtsinhaber die Befugnis eingeräumt, sich jeder Beeinträchtigung der Marke zu widersetzen, die geeignet ist, die beschriebene Herkunftsfunktion der Marke, verstanden als Garantie der Ursprungsidentität und als Schutz der Verbraucher vor Herkunftstäuschungen, zu beeinträchtigen.²³⁴ Darüber hinaus berücksichtigt der Europäische Gerichtshof auch das berechtignte Interesse des Markenrechtsinhabers, das Luxusimage seiner Erzeugnisse und deren hervorragenden Ruf zu schützen.²³⁵

2.9 Zwischenergebnis

Die rechtserheblichen Funktionen beschreiben die spezifischen Inhalte des Markenrechts, die nach dem Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt sind. Diesen Konkretisierungen kommt insoweit Vorrang vor der

²³³ Encyclopedia of Information Technology Law, Vol. 1, S. 8051; vgl. beispielsweise EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop*, EuGHE 1974, 1183, Rdnr. 8; EuGH Rs. 119/75 *Terrapin (Overseas) Ltd. gegen Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.*, EuGHE 1976, 1039, 1061 = GRUR Int. 1976, 402; EuGH Rs. 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, EuGHE 1978, 1139, Rdnr. 7 = GRUR 1978, 599; EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990, I-3711, Rdnr. 14 = GRUR Int. 1990, 960; EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, 614, Rdnr. 33 = GRUR Int. 1994; EuGH Rs. C-232/94 *MPA Pharma gegen Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, EuGHE 1996 I-3671, Rdnr. 17, WRP 1996, 874; EuGH verb. Rs. C-71/94, C-72/94, C-73/94 *Eurim-Pharma Arzneimittel GmbH gegen Beiersdorf*, EuGHE 1996 I-3603, Rdnr. 31, WRP 1996, 867; EuGH verb. Rs. C-427/93, C-429/93, C-436/93 *Bristol-Myers Squibb gegen Paranova und andere*, EuGHE 1996 I-3457, Rdnr. 44, GRUR Int. 1996, 1144; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., Einl MarkenG, Rdnr. 36

²³⁴ EuGH Rs. 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, EuGHE 1978, 1139, Rdnr. 7 = GRUR 1978, 599; EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990, I-3711, Rdnr. 9 = GRUR Int. 1990, 960; EuGH Rs. C-232/94 *MPA Pharma gegen Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, EuGHE 1996, I-3671, Rdnr. 21 = WRP 1996, 874; EuGH verb. Rs. C-71/94, C-72/94, C-73/94 *Eurim-Pharma Arzneimittel GmbH gegen Beiersdorf*, EuGHE 1996, I-3603, Rdnr. 35 = WRP 1996, 867; EuGH verb. Rs. C-427/93, C-429/93, C-436/93 *Bristol-Myers Squibb gegen Paranova und andere*, EuGHE 1996, I-3457, Rdnr. 48 = GRUR Int. 1996, 1144; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., Einl MarkenG, Rdnr. 36

²³⁵ EuGH Rs. C-349/95 *Frits Loendersloot Internationale Expedite gegen Georg Ballantine & Son, Ltd.* EuGHE 1997, I-6227 = GRUR Int. 1998, 145; EuGH Rs. C-337/95 *Christian Dior SA gegen Evora BV*, EuGHE 1997, I-6013 = GRUR Int. 1998, 140; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., Einl MarkenG, Rdnr. 36

gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Warenverkehrsfreiheit zu. Die kumulativen Lehren von dem spezifischen Gegenstand und der wesentlichen Funktion korrespondieren mit der allein die Isolierung der verschiedenen nationalen Märkte bewirkenden Ausprägung der nationalen Markenrechte. Dementsprechend kommt es an auf die gemeinschaftsrechtliche Abgrenzung zwischen dem einerseits nicht gerechtfertigten Gebrauch eines nationalen Markenrechts als ein Instrument der Marktaufteilung und zur Errichtung künstlicher Handelsschranken im Gemeinsamen Markt und andererseits den berechtigten Schutzinteressen der Markenrechtsinhaber an der größtmöglichen Effizienz ihrer Markenrechte und ihrer Stellung auf dem Markt.²³⁶

Des weiteren muß die jeweilige beschränkende Maßnahme aus einem der in Artikel 30 EG-Vertrag genannten Gründe gerechtfertigt sein. Die unter Berufung auf Artikel 30 Satz 1 EG-Vertrag ergriffenen Verbote oder Beschränkungen dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen, Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag.²³⁷ Unter Zugrundelegung der allgemeinen Rechtsgrundsätze von Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit wird deutlich, daß ein freier und ungehinderter Warenverkehr nicht auf Kosten berechtigter Interessen der Markenrechtsinhaber, des Handels und der Verbraucher an einem redlichen und unverfälschten Wettbewerb durchgesetzt werden darf.²³⁸ Die Interessen der Rechtsinhaber müssen dann zurücktreten, wenn bei Gewährung einer Untersagungsbefugnis in diesen Fällen die Rechtsinhaber die Möglichkeit hätten, die nationalen Märkte mit Hilfe ihres Markenrechts voneinander abzuschotten, ohne daß dies nötig wäre, um ihr Ausschließlichkeitsrecht in der Substanz zu

²³⁶ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 80

²³⁷ Calliess/Ruffert/Epiney, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 30 EG-Vertrag, Rdnr. 47

²³⁸ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 80

erhalten.²³⁹ Das gemeinschaftsrechtliche Ziel der Warenverkehrsfreiheit muß dann zurücktreten, wenn der spezifische Gegenstand des Markenrechts unter dem Gesichtspunkt der Herkunftsgarantie für den Verbraucher oder Endabnehmer gefährdet ist.²⁴⁰ Aus den Bemühungen um einen angemessenen Interessensausgleich ist die nachfolgend dargestellte Lehre von der Rechtterschöpfung hervorgegangen.

2.10 Die Lehre von der Rechtterschöpfung

Bei der Einschränkung oder dem Untergang eines Markenrechts geht es, ebenso wie bei der Schutzrechtsentstehung, aus markenrechtlicher Sicht primär um die Frage, in wie weit Verhaltensweisen des Rechtsinhabers im Ausland einen Einfluß haben können auf den Bestand des Markenrechts im nationalen bzw. europäischen Rechtskreis, in wie weit also der spezifische Gegenstand eines Markenrechts gefährdet ist.²⁴¹ Um das Spannungsverhältnis zwischen Markenrecht und Warenverkehrsfreiheit zu lösen, schränkt das Gemeinschaftsrecht die Verwendung der Markenrechte als Handelshindernisse ein und der Gemeinschaftsgesetzgeber besitzt für den Abbau von, aufgrund der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung erlaubten, Maßnahmen der Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum.²⁴² Maßnahmen der Rechtsangleichung beschränken hierbei die Tragweite des Grundsatzes

²³⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 116 ; EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop BV*, EuGHE 1974, 1183, 1194, Rdnr. 4, 7 ff.; EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, 2846, Rdnr. 33 = GRUR Int. 1994, 614

²⁴⁰ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 120

²⁴¹ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 83 f., 115 ff.

²⁴² EuGH Rs. 37/83 *Rewe Zentral AG gegen Direktor der Landwirtschaftskammer*, EuGHE 1984, 1229, 1248 f.; EuGH Rs. C-39/90 *Denkavit Futtermittel GmbH gegen Land Baden-Württemberg*, EuGHE 1991, I-3069, 3108, Rdnr. 26; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union: Rechtsordnung und Politik, 4. Aufl., S. 301; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44

der Territorialität. Dies zeigt sich insbesondere an der Regelung der Rechtterschöpfung durch Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie.²⁴³ In Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie wird positivrechtlich der vom Europäischen Gerichtshof fortgebildete, gemeinschaftsweite Erschöpfungsgrundsatz festgehalten.²⁴⁴ Nicht ausdrücklich geregelt ist jedoch die Frage, ob diese Regelung die Mitgliedstaaten zwingt, in ihrer nationalen Markenrechtsordnung eine nur gemeinschaftsweite Erschöpfung vorzusehen oder ob sie eine Regelung zur weltweiten Rechtterschöpfung bejahen dürfen, die gemeinschaftsweite Rechtterschöpfung also gleichfalls eine Mindestregelung darstellt.²⁴⁵ Dieses Problem wird unten im Rahmen der territorialen Reichweite der Erschöpfungslehre eingehend untersucht. Zunächst werden die Grundsätze der Erschöpfungslehre näher dargestellt.

2.10.1 Grundsatz

Die Lehre von der Rechtterschöpfung ist seit langem ein wesentlicher Bestandteil der verschiedenen nationalen Markenrechtsordnungen. Das Erschöpfungsprinzip beruht auf der Idee eines Interessenausgleichs zwischen dem Verwertungsinteresse des Schutzrechtsinhabers auf der einen Seite und dem Interesse der Allgemeinheit an einem freien Warenverkehr und an übersichtlichen Rechtsverhältnissen im Geschäftsverkehr auf der anderen Seite. Das Erschöpfungsprinzip besagt, daß die ausschließlichen Veräußerungsrechte aus einer Marke nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn das markierte Produkt zum ersten Mal von dem Markenrechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden ist.²⁴⁶ Das in Artikel 28 EG-Vertrag manifestierte

²⁴³ Sosnitza, Territoriale Grenzen markenrechtlicher Erschöpfung und Europarecht, WRP 1998, 951, 954

²⁴⁴ Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 436

²⁴⁵ Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 436

²⁴⁶ Im deutschen Warenzeichenrecht hat sich aus der Rechtsprechung von RG und BGH der Grundsatz der weltweiten Erschöpfung entwickelt. Rechtterschöpfung trat ein mit erstem Inverkehrbringen der zeichenrechtlich geschützten Ware durch den

Prinzip des freien Warenverkehrs wird im Bereich der nationalen Markenrechte durch das Erschöpfungsprinzip umgesetzt.²⁴⁷ Folge ist, daß es dem Rechtsinhaber nicht gestattet ist, sich auf die Ausnahmeregel des Artikel 30 EG-Vertrag zu berufen, die ausschließlichen Rechte aus der Marke also nicht mehr zur Verhinderung einer weiteren Kommerzialisierung der Waren ausgeübt werden können.²⁴⁸ Der Käufer einer markierten Ware kann diese weiter veräußern, ohne Gefahr zu laufen, eine Markenrechtsverletzung zu begehen. Wesentliche Auswirkungen hat dies, wenn die markierten Waren weltweit auf einer Vielzahl von Märkten mit unterschiedlichen Preisniveaus vertrieben werden. Anderenfalls wäre der Rechtsinhaber in der Lage, einzelne nationale Märkte voneinander abzuschotten und auf diese Weise den Handel insbesondere zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zu beschränken, ohne daß eine derartige Beschränkung notwendig wäre, um den spezifischen Gegenstand des Markenrechts zu schützen.²⁴⁹ Es liegt keine Gefährdungslage für den spezifischen Gegenstand des Markenrechts vor. Der spezifische Gegenstand eines

Rechteinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung im Inland, europäischen und außereuropäischen Ausland. Dies galt selbst dann, wenn sich die im Ausland in den Verkehr gebrachten Waren in ihrer Beschaffenheit von den im Inland in Verkehr gebrachten unterscheiden haben. Reimport qualitativ abweichender Ware stellte keine Verletzung des Zeichenrechts dar und konnten trotz territorialer Wirkung des Zeichenrechts nicht verhindert werden, wenn ein Erschöpfungsgrund irgendwo auf der Welt verwirklicht wurde. Begründung war das damals im Zeichenrecht geltenden Universalitätsprinzip, wonach ein deutsches Zeichen auf der ganzen Welt Schutz bietet; RG *Mariani*, RGZ 51, 263 ff., 267 f. Nach Ablösung des Universalitätsprinzips durch das Territorialitätsprinzip, RG *Hengstenberg*, RGZ 118, 76 ff., 81, blieb es bei der weltweiten Erschöpfung. Die rechtfertigte der BGH in der *Maja*-Entscheidung mit der Herkunftsfunktion des Zeichens; BGH *Maja*, BGHZ 41, 84, 94; ebenso BGH *Cinzano*, BGHZ 60, 185, 190; BGH *Öffnungshinweis*, BGHZ 82, 152; BGH *Aqua King*, BGHZ 177, 83; BGH *Valium Roche*, GRUR 1984, 530, 531; BGH *Griffband*, GRUR 1988, 213; Sack, Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2000, 610, 614; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 2

²⁴⁷ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835; Encyclopedia of Information Technology Law, Vol. 1, S. 8051; Cocuzza, Montini, International Anti-trust Co-operation in a Global Economy, ECLR 1998, 156; Ham, International Cooperation in the Anti-Trust Field and in Particular the Agreement Between the United States of America and the Commission of the European Communities, CMLRev 1993, 571

²⁴⁸ siehe beispielsweise EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450

²⁴⁹ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 22

einzelstaatlich gewährten Schutzrechts manifestiert sich im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag in dem Recht, das fragliche Produkt als erster in den Verkehr zu bringen.²⁵⁰ Ohne Belang für die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes ist es, ob aufgrund hoheitlicher Maßnahmen Preisunterschiede bestehen, die geeignet sind, den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten zu verfälschen.²⁵¹ Es besteht eine untrennbare Verbindung zwischen dem Auftreten des Parallelhandels und der Reichweite der Rechterschöpfung, denn die Beantwortung der Frage, ob markierte Waren von einem Niedrigpreismarkt in einen Hochpreismarkt parallel importiert werden, können hängt im Wesentlichen davon ab, ob die den Waren anhaftenden Markenrechte zur Abwehr eben dieser Parallelimporte ausgeübt werden können.

2.10.2 Inverkehrbringen der Ware innerhalb der Europäischen Gemeinschaft

Ein „Inverkehrbringen“ im Sinne der Erschöpfungslehre liegt vor, wenn die Originalware zum Zwecke des Absatzes in den freien Wettbewerb auf den Markt gelangt ist. Dies erfordert eine wirtschaftliche Betrachtungsweise unter Abwägung der Interessen einerseits am Schutz des freien Warenverkehrs und andererseits am Schutz einer effizienten Produktvermarktung auf Grund des Markenrechts als Ausschließlichkeitsrecht.²⁵² Das Weiterveräußerungsrecht und jede Möglichkeit des Rechteinhabers zur späteren Einflußnahme auf den Handel ist nach dem ersten Inverkehrbringen erschöpft. Eine Ware ist „in den Verkehr gebracht“, wenn der Rechteinhaber die ihm verliehenen Rechte in vollem Umfang zum ersten Mal nach der Rechtsordnung

²⁵⁰ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 109

²⁵¹ EuGH Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.*, EuGHE 1974, 1147, 1165, Rdnr. 22-24; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 109

²⁵² Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 7d m. w. Nachw.

ausgeübt hat, nach der ihm das jeweilige Markenrecht verliehen wird.²⁵³ Das Inverkehrbringen durch einen Dritten mit Zustimmung des Rechteinhabers steht dem Inverkehrbringen des markierten Produkts durch den Rechtsinhaber selbst gleich.²⁵⁴ Es ist in diesen Fällen der spezifische Gegenstand des Markenrechts nicht gefährdet im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag.²⁵⁵ Innerhalb der Grenzen der Europäischen Gemeinschaft ist die Erschöpfung die Folge des Zusammenspiels zwischen der in Artikel 28 und 30 EG-Vertrag geregelten europarechtlichen Warenverkehrsfreiheit und Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie.²⁵⁶ Die Erschöpfungswirkung tritt ein, wenn die markierte Ware zum ersten Mal von dem Rechtsinhaber selbst oder *mit seiner Zustimmung* innerhalb der Grenzen der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht wurde. Daher wird die Lehre von der

²⁵³ Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 4. Aufl., Seite 41 ff.; Hays, The L'anza Decision, EntLRev 1998, 313; Beier, Territorialität des Markenrechts und internationale Wirtschaftsverkehr, GRUR Int. 1968, 8 ff.; EuGH Rs. C-352/95 *Phytheron International SA gegen Jean Bourdon SA*, EuGHE 1997, I-1729 ff., 1748, Rdnr. 21, 24 = GRUR Int. 1997, 627

²⁵⁴ Inverkehrbringen durch den Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung ist konzernexterner Warenverkehr. Die rechtliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des die Ware erwerbenden Dritten ist von Relevanz für die Frage, ob bereits ein die Erschöpfungswirkung bewirkendes Inverkehrbringen vorliegt oder noch ein unternehmensinterner Warenverkehr des Markenrechtsinhabers. Bei konzerninternem Warenverkehr wird ein Erschöpfungsgrund verneint, denn es fehlt an einem „Inverkehrbringen“ der Ware. Ebenso keine Erschöpfung wenn sich die Originalware innerhalb der Vertragspartner eines Vertriebssystems befindet; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 7d, 7e, 19; Sack, Der markenrechtliche Erschöpfungsgrundsatz im deutschen und europäischen Recht, WRP 1998, 549 ff.; Sack, Die Erschöpfung von Markenrechten nach Europäischem Recht, RIW 1994, 897 ff.; Sack, Die Erschöpfung von Gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, WRP 1999, 1088 ff.; Sack, Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2000, 610; zur Rechtsprechung des EuGH: EuGH Rs. 119/75 *Terrapin (Overseas) Ltd. gegen Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.*, EuGHE 1976, 1039, 1060, 1062 Rdnr. 8 = GRUR Int. 1976, 402; EuGH Rs. 144/81 *Keurkoop BV gegen Nacy Keen Gifts BV*, EuGHE 1982, 2853, 2873 f., Rdnr. 25, 29; EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990 I-3711, Rdnr. 12, 15 = GRUR Int. 1990, 960; EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, Rdnr. 34, 35, 37 = GRUR Int. 1994, 614; EuGH Rs. C-352/95 *Phytheron International SA gegen Jean Bourdon SA*, EuGHE 1997, I-1729

²⁵⁵ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 115

²⁵⁶ Stothers, International Exhaustion of Trade Marks and Consent in the EEA, Zino Davidoff SY v. A&G Imports Ltd; Levis Strauss & Co. v. Tesco Stores; Levi Strauss & Co. v. Costco Wholesale UK Ltd, EIPR 2001, 344

Rechtserschöpfung auch als Lehre von der Zustimmung bezeichnet.²⁵⁷ In der *HAG II-Entscheidung*²⁵⁸ sieht der Europäische Gerichtshof die Problematik der Zustimmung als den Kern der Erschöpfungslehre an. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs reduziert die Lehre von der Zustimmung die Erschöpfungslehre auf ihren berechtigten Kern.²⁵⁹ Sinn und Zweck sowohl der Erschöpfungslehre als auch der Zustimmungslehre ist der Ausgleich zwischen den Rechten, die nach der jeweiligen nationalen Markenrechtsordnung verliehen werden und der Warenverkehrsfreiheit, die einen freien und ungehinderten Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt gewährleistet.²⁶⁰

Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs in der *Ideal Standard-Entscheidung*²⁶¹ kann bei Zugrundelegen der Entscheidung *Centrafarm gegen Winthrop*²⁶² der Markenrechtsinhaber nicht den Import einer markierten Ware verhindern, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung zum ersten Mal in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft auf den Markt gebracht wurde, denn dies ist gerade nicht notwendig, um den Wesensgehalt des Ausschließlichkeitsrechts zu garantieren.²⁶³

In bestimmten Fallkonstellationen enthält die Markenrechtsübertragung selbst eine Zustimmung des Rechtsinhabers zum Inverkehrbringen. Es

²⁵⁷ Tritton, Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an Ideal Standard?, EIPR 1994, 422, 425

²⁵⁸ EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990 I-3711, GRUR Int. 1990, 960

²⁵⁹ EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, NV gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990 I-3711, Rdnr. 13 = GRUR Int. 1990, 960

²⁶⁰ Lea, Branded for life? Zino Davidoff v. A&G Imports and Glaxo v Dowelhurst in the context of EC parallel imports rule, Communications Law, 2001 17, 18

²⁶¹ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789 = GRUR Int. 1994, 614

²⁶² EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop*, EuGHE 1974, 1183

²⁶³ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, Rdnr. 33 = GRUR Int. 1994, 614 unter Bezugnahme auf die Rdnr. 7 bis 11 in EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop*, EuGHE 1974, 1183; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 30 EGV, Rdnr. 21

kann jedoch nicht allgemein gesagt werden, daß jede Markenrechtsübertragung zumindest eine stillschweigende Zustimmung zum Inverkehrbringen enthält. Anders sehen dies die Europäische Kommission, der Generalanwalt in der Rechtssache *Ideal Standard* und Stimmen in der Literatur. Der *Ideal Standard*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs²⁶⁴ liegt der folgende Sachverhalt zugrunde. Die Ideal-Standard SA (Frankreich), die ebenso wie die Ideal Standard GmbH (Deutschland) eine Tochtergesellschaft der Unternehmensgruppe American Standard ist, hat die Marke „Ideal Standard“ an die Société Générale de Fonderie (SGF) übertragen. Die SGF ist eine Tochtergesellschaft der Compagnie internationale de chauffage (CICH). Der hierfür gezahlte Geldbetrag reflektiert den Wert des Erstvermarktungsrechts in Frankreich bezüglich jedes mit der Marke Ideal Standard markierten Produkts ab Gültigkeit der Übertragung. Die Ideal-Standard SA (Frankreich) erhält eine finanzielle Gegenleistung für die „Aushändigung“ des spezifischen Gegenstands des Markenrechts in Bezug auf alle zukünftigen Erstverkäufe des markierten Produkts in Frankreich. Demgemäß ließe sich das Erstvermarktungsrecht der Ideal-Standard SA (Frankreich) in Bezug auf Frankreich vom Zeitpunkt der Wirksamkeit der Markenaufspaltung als erschöpft ansehen.

Bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verbundenheit der Ideal-Standard GmbH (Deutschland) und der Ideal Standard SA (Frankreich) würde der Ideal-Standard GmbH (Deutschland) kein markenrechtlicher Abwehranspruch gegen die IHT Internationale Heiztechnik GmbH (IHT) zustehen, wenn die IHT, die ebenso wie die SGF zu der Muttergesellschaft CICH gehört, Waren unter der Marke „Ideal Standard“ im Deutschland in den Verkehr bringt.²⁶⁵ Im Falle der willentlichen Übertragung ist den Regeln über den freien Warenverkehr der Vorzug zu geben, denn einer freiwilligen Rechtsübertragung liegt die

²⁶⁴ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789 = GRUR Int. 1994, 614

²⁶⁵ Tritton, Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an Ideal Standard?, EIPR 1994, 422, 424

stillschweigende Zustimmung zugrunde, daß der Zessionar seine Produkte in Zukunft unter der abgetretenen Marke in der gesamten Gemeinschaft, also auch im Gebiet des Zedenten, hier Deutschland, in den Verkehr bringen kann.²⁶⁶ Es wird darauf hingewiesen, daß der Europäische Gerichtshof bei der Abwägung zwischen den Erfordernissen des freien Warenverkehrs und der Wahrung der gewerblichen Schutzrechte maßgeblich auf das Kriterium der Zustimmung abstellt.²⁶⁷ Aus der Sicht des Zessionars macht der Erwerb einer Marke wirtschaftlich gesehen auch wenig Sinn, wenn sich das erworbene Markenrecht niemals gegen dasjenige durchzusetzen vermag, das sich der Zedent in anderen Territorien vorbehalten hat.²⁶⁸ Dies bedeutet für die Rechtssache *Ideal Standard*, daß in der freiwilligen Übertragung der Marke *Ideal Standard* an die SGF die stillschweigende Zustimmung des Markenrechtsinhabers *American Standard* zum Inverkehrbringen der eigenen Produktion der SGF unter der Marke *Ideal Standard* zu sehen wäre. Die ausdrückliche Zustimmung zu einer Vermarktung in Frankreich unter der französischen Marke beinhalte stillschweigend auch die Zustimmung zu der Vermarktung der vom Zessionar hergestellten Produkte in den anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, in denen der Zedent die Marke behalten hat (hier Deutschland). Eine andere Sichtweise führe zu einer übergebührliehen Bevorzugung des Zedenten und einer nicht gerechtfertigten Beschränkung des freien Warenverkehrs.²⁶⁹ Der Zedent hat für die Übertragung des Markenrechts eine finanzielle Kompensation erhalten, wodurch dem Entlohnungsgedanken der Immaterialgüterrechte Rechnung getragen wird. Es wird vorgebracht, daß die Notwendigkeit einer weitergehenden Verhinderungsmöglichkeit des Imports von Waren, die mit der übertragenen Marke versehen sind, nicht gegeben ist. Es erscheint

²⁶⁶ vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Gulmann in der Rs. *Ideal Standard*, EuGHE 1994, I 2789

²⁶⁷ vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Gulmann in der Rs. *Ideal Standard*, EuGHE 1994, I 2789

²⁶⁸ Lüder, Die Angst vor der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Abwägung zwischen nationalem Markenrecht und der Freiheit des Warenverkehrs, EuZW 1995, 15, 16

²⁶⁹ Tritton, Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an *Ideal Standard*?, EIPR 1994, 422, 425

gekünstelt, hier eine Unterscheidung nach der Möglichkeit der Kontrolle ziehen zu wollen. Vorzugswürdig sei es deshalb, die Lehre von den wesentlichen Markenfunktionen in den Vordergrund zu stellen und nicht die Frage, ob eine Zustimmung des Markenrechtsinhabers vorliegt oder nicht.²⁷⁰

Dieser Ansicht ist der Europäische Gerichtshof nicht gefolgt. Es steht der Ideal-Standard GmbH (Deutschland) ein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen die IHT zu.²⁷¹ Die Konstruktion der stillschweigenden Zustimmung wird zurückgewiesen.²⁷² Die Begründung hierfür findet sich in dem Zusammenspiel mit der oben beschriebenen Lehre von der wesentlichen Funktion. Die jeder Übertragung immanente Zustimmung entspricht nicht der Zustimmung, der es nach der Erschöpfungslehre bedarf.²⁷³ Für die Annahme einer solchen Zustimmung ist es erforderlich, daß dem Zedenten im Einfuhrstaat unmittelbar die Befugnis zusteht, zu bestimmen, auf welchen Erzeugnissen die Marke im Ausfuhrstaat von dem Zessionar angebracht werden darf und dabei für den Zedenten die Möglichkeit besteht, die Qualität dieser Erzeugnisse zu kontrollieren.²⁷⁴ Hiervon wird man nicht ausgehen können, wenn die Verfügungsgewalt an einen Zessionar übertragen wird, zu dem der Zedent in keinerlei wirtschaftlicher Beziehung steht.²⁷⁵ Hintergrund der Ansicht des Europäischen Gerichtshofs in der Entscheidung *Ideal Standard* ist die Möglichkeit der Irreführung des Konsumenten. Ein solche Irreführung kann

²⁷⁰ Tritton, Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an Ideal Standard?, EIPR 1994, 422, 425

²⁷¹ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789 = GRUR Int. 1994, 614

²⁷² EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789 = GRUR Int. 1994, 614

²⁷³ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, Rdnr. 43 = GRUR Int. 1994, 614

²⁷⁴ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, Rdnr. 43 = GRUR Int. 1994, 614

²⁷⁵ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, Rdnr. 43 = GRUR Int. 1994, 614

dann auftreten, wenn die Waren mit der identischen Marke versehen sind, jedoch von unterschiedlichen Herkunftsstätten stammen.²⁷⁶

Das Prinzip der freien Übertragbarkeit einer Marke gewährleistet die Zulässigkeit privatautonomer Markenaufspaltungen nach dem in Artikel 28 und 30 EG-Vertrag manifestierten Prinzip der Warenverkehrsfreiheit.²⁷⁷ Dem Prinzip der freien Übertragbarkeit immanent ist die Gefahr der Aufteilung des Europäischen Binnenmarktes, denn es entstehen originäre Markenrechte, wenn die Markenrechtsinhaber rechtlich und wirtschaftlich vollständig voneinander unabhängig sind. Hierdurch bildet sich ein Spannungsfeld zu der Gewährleistung des freien Warenverkehrs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Aus dem Vorrang der Warenverkehrsfreiheit im Fall der Einheitlichkeit der Kontrolle folgt im Umkehrschluß, daß immer dann, wenn Zedent und Zessionar rechtlich und wirtschaftlich völlig voneinander unabhängig sind, die Warenverkehrsfreiheit zurücktritt und die Gefahr einer Marktabstottung als Folge der Markenaufspaltung grundsätzlich hingenommen wird. Dieser Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist Folge der oben beschriebenen Neubewertung des Markenschutzes. Aus dem Prinzip der freien Übertragbarkeit der Marke folgt die Legitimation der internationalen Markenverwertung, deren Zulässigkeit sich wiederum aus dem berechtigten Schutz des Markenimages, des Goodwill der Marke und ihres Werbewertes ergibt.²⁷⁸ Die künstliche Marktabstottung wird also in bestimmten Konstellationen für zulässig erachtet und die Warenverkehrsfreiheit tritt zugunsten der Gewährleistung der wesentlichen Markenfunktion zurück. Um die Qualitätsfunktion der Marke zu gewährleisten, muß sich der Markenrechtsinhaber gegen den Parallelhandel zur Wehr setzen

²⁷⁶ Tritton, Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an Ideal Standard?, EIPR 1994, 422, 425

²⁷⁷ EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990 I-3711 = GRUR Int. 1990, 960

²⁷⁸ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 32

können.²⁷⁹ Eine Erschöpfung tritt nicht ein. Liegt jedoch eine Zustimmung im Sinne der Erschöpfungslehre vor, so bildet die Warenverkehrsfreiheit die Schranke der privatautonomen Markenaufspaltung. Die Zulässigkeit privatautonomer Markenaufspaltungen ist nicht schrankenlos gewährleistet, denn die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist bestrebt, die Warenverkehrsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt zu gewährleisten und künstliche Marktaufteilungen zu verhindern. Aus der Zustimmungslehre folgt, daß in bestimmten Fallkonstellationen die Markenrechtsübertragung eine Zustimmung des Zedenten zum Inverkehrbringen von Erzeugnissen, die mit der übertragenen Marke versehen worden sind, in dem Staat, in dem der Zedent die Marke behalten hat, enthält.²⁸⁰ Der Europäische Gerichtshof folgt hierbei jedoch nicht der weiten Auslegung der Europäischen Kommission, daß jede Markenrechtsübertragung grundsätzlich eine stillschweigende Zustimmung des Zedenten zum Inverkehrbringen der markierten Ware durch den Zessionar in dem Staat, in dem der Zedent die Marke behalten hat, beinhaltet.²⁸¹ Schranke der privatautonomen Markenaufspaltungen ist Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag, also eine willkürliche Diskriminierung und verschleierte Handelsbeschränkung als Rechtsmißbrauch. Es geht bei der Rechtfertigungsprüfung im Rahmen des Artikel 30 EG-Vertrag insbesondere darum, die Grenze des Markenrechts so zu ziehen, daß einerseits der Abschottung der nationalen Märkte entgegengewirkt wird und damit der von dem Gemeinschaftsrecht angestrebte freie Warenverkehr gefördert wird, ohne andererseits den spezifischen Inhalt des nach der nationalen Markenrechtsordnung des jeweiligen Mitgliedstaats gewährten Schutzrechts zu überspielen.²⁸²

²⁷⁹ Freytag, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht – Patente und Marken versus Handelsfreiheit, S. 116

²⁸⁰ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 94 c

²⁸¹ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, Rdnr. 43 = GRUR Int. 1994, 614

²⁸² Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 98

2.10.3 Territoriale Reichweite der Erschöpfungslehre

Das in Artikel 28 EG-Vertrag manifestierte Prinzip des freien Warenverkehrs wird im Bereich der nationalen Markenrechte durch das Erschöpfungsprinzip umgesetzt.²⁸³ Die Erschöpfungslehre stellt für die Zulässigkeit weiterer Verwertungshandlungen nicht auf den Willen des Schutzrechtsinhabers ab, sondern auf den objektiv bestimmbaren Zweck des Markenrechts.²⁸⁴ Die Lehre von der Rechtterschöpfung läßt sich deshalb grundsätzlich mit der Lehre von der wesentlichen Funktion begründen. Folge ist, daß ein Berufen auf die Ausnahmeregel des Artikel 30 EG-Vertrag unzulässig ist, der Rechteinhaber seine ausschließlichen Rechte aus der Marke also nicht mehr zur Verhinderung einer weiteren Kommerzialisierung der Waren ausüben kann, wenn das markierte Produkt von ihm oder mit seiner Zustimmung zum ersten Mal auf den Markt gebracht worden ist.²⁸⁵ Die territoriale Reichweite des Erschöpfungsprinzips bestimmt maßgeblich, ob der Markenrechtsinhaber verhindern kann, daß markierte Waren ohne seine Autorisierung in ein bestimmtes Land importiert werden.²⁸⁶ Zusammen mit dem Binnenmarktziel entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Warenverkehrsfreiheit, den nationalen Markenrechten und dem europäischem Kartellrecht. Es liegt im Interesse der Markenrechtsinhaber, einzelne Märkte entlang nationaler Grenzen territorial zu begrenzen, währenddessen die Parallelhändler eine weltweite Ausdehnung der Rechtterschöpfung und somit den weltweiten Freihandel propagieren. Der

²⁸³ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835; Encyclopedia of Information Technology Law, Vol. 1, S. 8051; Cocuzza, Montini, International Anti-trust Co-operation in a Global Economy, ECLR 1998, 156; Ham, International Cooperation in the Anti-Trust Field and in Particular the Agreement Between the United States of America and the Commission of the European Communities, CMLRev 1993, 571

²⁸⁴ Freytag, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht – Patente und Marken versus Handelsfreiheit, S. 21

²⁸⁵ siehe beispielsweise EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450

²⁸⁶ Walsh, Treacy, Feaster, The exhaustion and unauthorised exploitation of trade mark rights in the European Union, ELR 1999, 259

Europäische Gerichtshof betont in seinen Entscheidungen zu Fragen des Erschöpfungsprinzips den Schutz der Einheit des Gemeinsamen Marktes vor der Errichtung künstlicher Handelsschranken und die Überprüfung der gemeinschaftsrechtlichen Berechtigung nationaler Hindernisse für den freien Warenverkehr. Für unzulässig erklärt wurden in der Vergangenheit regelmäßig solche Marketingstrategien der Markenrechtsinhaber, die zu einer Abschottung nationaler Teilmärkte durch entsprechenden Gebrauch nationaler Markenrechte geführt haben, wodurch mit Hilfe der gezielten Markenrechtsausübung auf den Weitervertrieb und die Endverkaufspreise der markierten Produkte im inländischen Marktgebiet Einfluß genommen werden soll.²⁸⁷ Es gilt hinsichtlich der Frage des Untergangs eines Markenrechts im Inland zu bestimmen, ob das jeweilige nationale oder harmonisierte Recht eine nationale, weltweite oder gemeinschaftsweite Rechterschöpfung zuläßt.

2.10.3.1 Nationale Erschöpfung

Als Grundsatz wird die rein nationale Rechterschöpfung heute auch ohne eine ausdrückliche Regelung in den Rechtsordnungen der einzelnen Staaten nahezu weltweit anerkannt.²⁸⁸ Es besteht jedoch das Problem, daß die Reichweite der Rechterschöpfung in den Rechtsordnungen der maßgeblichen Industrienationen eine unterschiedliche Reichweite hat, so daß eine Harmonisierung des Erschöpfungsprinzips notwendig ist.²⁸⁹ Eine Harmonisierung im Sinne der weltweiten Einführung einer rein nationalen Rechterschöpfung hätte zur Folge, daß ein Markenrecht nur in dem Gebiet des jeweiligen Staates erschöpft wäre, nach dessen Rechtsordnung das Recht verliehen wird, was unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit zu begrüßen wäre. Die rein nationale

²⁸⁷ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 3

²⁸⁸ Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 420; Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 764

²⁸⁹ Es propagieren beispielsweise die USA eine nationale Rechterschöpfung, Japan tendiert zur weltweiten Rechterschöpfung und die EG befürwortet eine europaweite Rechterschöpfung.

Rechtserschöpfung hat jedoch den Nachteil, daß sie auf nationalen Grenzen basiert und demgemäß ihr Harmonisierungsstandard dem grundlegenden Prinzip des weltweiten Harmonisierungsbestrebens zuwiderläuft, nämlich der Aufhebung der nationalen Trennung bei der Zuweisung von ausschließlichen Rechten.²⁹⁰ Ein weiteres Problem bei der Einführung einer rein nationalen Rechtserschöpfung ist die Einbeziehung der jeweiligen Handelszonen, wie etwa NAFTA oder MERCOSUR. Es ist anzunehmen, daß die Handelszonen dem unten näher ausgeführten Beispiel der Europäischen Gemeinschaft folgen würden und anstelle eine nationalen Rechtserschöpfung eine regionale, also gemeinschaftsweite, Rechtserschöpfung einführen.²⁹¹

2.10.3.2 Weltweite Erschöpfung

Konträr zu den Befürwortern der nationalen Erschöpfung wird vielerorts eine Harmonisierung durch Einführung der weltweiten Rechtserschöpfung propagiert und in territorialer Hinsicht als zwingende Rechtsfolge des Schutzes der Herkunftsfunktion verstanden.²⁹² Entsprechend diesem Modell würde das erstmalige Inverkehrbringen einer markierten Ware durch den Rechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung auf irgendeinem Markt jegliche parallelen Markenrechte in Bezug auf dieses Produkt weltweit erschöpfen. Es liegt auf der Hand, daß sich die Rechteinhaber gegen eine weltweite Erschöpfungswirkung aussprechen, denn diese bringt sie um die Möglichkeit, mit Hilfe ihrer, durch die nationalen Markenrechtsordnungen verliehenen, Ausschließlichkeitsrechte, ein multinationales Monopolsystem zu

²⁹⁰ Donelly, Parallel Trade and International Harmonization of the Exhaustion of Rights Doctrine, Computer & High Tech L.J. 1997, 445, 497

²⁹¹ Donelly, Parallel Trade and International Harmonization of the Exhaustion of Rights Doctrine, Computer & High Tech L.J. 1997, 445, 498

²⁹² Beier, Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten; GRUR Int. 1989, 603, 615; v. Gamm, Zur Warenzeichenreform, WRP 1993, 793, 795; Reimer, Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, GRUR Int. 1972, 221, 223

errichten, das eine weltweite Gewinnmaximierung verspricht.²⁹³ Auf der anderen Seite gilt es zu bedenken, daß etwa das japanische Markenrecht zur Anwendung der weltweiten Rechtterschöpfung tendiert und diese Nation doch einen nicht unerheblichen Handelspartner darstellt.²⁹⁴ Die weltweite Rechtterschöpfung mag aufgrund ihrer Einfachheit ansprechend erscheinen und birgt den größten Nutzen für den Konsumenten, jedoch scheint sie im Moment nicht durchsetzbar. Der Europäische Gerichtshof hat sich in der unten näher dargestellten *Silhouette*-Entscheidung²⁹⁵ gegen eine weltweite Rechtterschöpfung ausgesprochen und auch die U.S.-amerikanische Delegation bei der WIPO-Konferenz befürwortet die Abkehr von der weltweiten Erschöpfungswirkung.²⁹⁶

In der Literatur wird trotz der Regelung der europarechtlichen Erschöpfung als zwingende Folge der Umsetzung von Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie immer wieder mit verschiedenen Begründungsmodellen versucht, zu einer weltweiten Erschöpfungswirkung zu gelangen. Es wird vielfach vertreten, daß die Regelung der gemeinschaftsweiten Erschöpfung in Artikel 7 Absatz 1 Markenrechts-Richtlinie lediglich als eine Mindestregelung anzusehen ist.²⁹⁷ Diese stellt gerade keine abschließende Regelung dar und erlaubt, den Grundsatz der weltweiten Erschöpfung aufrecht zu erhalten. Hergeleitet wird diese Auffassung im Wesentlichen aus dem

²⁹³ Donelly, Parallel Trade and International Harmonization of the Exhaustion of Rights Doctrine, Computer & High Tech L.J. 1997, 445, 499

²⁹⁴ Donelly, Parallel Trade and International Harmonization of the Exhaustion of Rights Doctrine, Computer & High Tech L.J. 1997, 445, 484 m. w. N.

²⁹⁵ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

²⁹⁶ Vorschlag der U.S.-amerikanischen Delegation bei der WIPO-Konferenz erhältlich im Internet unter <http://wipo.int/eng/diplconf/distrib/60dc.htm>

²⁹⁷ v. Gamm, Zur Warenzeichenreform, WRP 1993, 793, 795; Albert/Heath, Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 14.12.1995 – *Gefärbte Jeans*, GRUR 1996, 275; Albert/Heath, Markenrecht und Paralleleinfuhr, GRUR 1998, 275; Ingerl/Rohnke, Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz, NJW 1994, 1247, 1253; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 24, Rdnr. 8; Joller, Entscheidung des EFTA-Gerichtshof zugunsten internationaler Erschöpfung des Markenrechts, ELR 1998, 1; Sosnitzer, Territoriale Grenzen markenrechtlicher Erschöpfung und Europarecht, WRP 1998, 951; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44

Wesen der Marke und der grundlegenden und überragenden Bedeutung der Herkunftsfunktion.

Dieser Ansicht folgt auch der EFTA-Gerichtshof in seiner *Maglite*-Entscheidung.²⁹⁸ Der EFTA-Gerichtshof stützt sein Urteil auf die Lehre von der wesentlichen Funktion der Marke. Die maßgebende Herkunftsfunktion ist erfüllt, wenn die Waren irgendwo in der Welt auf den Markt gebracht werden, so daß es zulässig ist, das der Ware anhaftende Markenrecht in diesem Fall als erschöpft anzusehen. Es obliegt dem jeweiligen nationalen Gesetzgeber, sich für oder gegen eine weltweite Erschöpfung des Markenrechts zu entscheiden. Dies wird begründet mit der bestehenden Befugnis der EFTA-Staaten, mit Nicht-EFTA-Staaten neue Handelsverträge abzuschließen, die für die Gegenseitigkeit der bilateralen Markenrechtserschöpfung Sorge tragen. Dies steht auch im Einklang mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft. Die Warenverkehrsfreiheit ermöglicht den betreffenden Gütern eine ungehinderte Zirkulation in dem Gemeinsamen Markt, sobald diese Waren in einen Mitgliedstaat aus einem Drittland importiert werden, welches die Erschöpfung der den Waren anhaftenden Markenrechte anerkennt.²⁹⁹ Es ist anerkannt, daß der Import von Originalwaren keine Verletzung der Herkunftsfunktion darstellt.³⁰⁰ Einige Mitgliedstaaten, wie beispielsweise Deutschland, die eine lange rechtliche Tradition hinsichtlich

²⁹⁸ EFTA-Gerichtshof Rs. E-2/97 *Mag Instruments, Inc. gegen California Trading Co.*, Norwegen, Ulsteen, Gutachten vom 3. Dezember 1997, GRUR Int. 1998, 309 mit Anm. Joller. Gegenstand der Entscheidung war der Import der Maglite-Lampen aus den USA nach Norwegen durch einen norwegischen Parallelhändler ohne Zustimmung des offiziellen Importeurs. Unter Berufung auf sein norwegisches Markenrecht versuchte der amerikanische Hersteller den Import der Lampen zu verhindern; siehe auch Joller, Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs zugunsten internationaler Erschöpfung im Markenrecht, ELR, 1998, 1; Hays/Hansen, *Silhouette is Not the Proper Case Upon which to decide the Parallel Importation Question*, EIPR, 1998, 277

²⁹⁹ Beier, *Industrial Property and the Free Movement of Goods in the Internal European Market*, IIC 1990, 131; Heath, *Parallel Imports and International Trade*, IIC, 1997 623; Wooldridge, Sebago and Davidoff: *Differing Reflections on Silhouette*, IPQ 1999, 379

³⁰⁰ Heydt, *Parallelimporte und Warenzeichenrecht*, GRUR 1969, 450, 456; anders jedoch etwa: Hoth, *Territoriale Grenzen des Schutzbereichs von Warenbezeichnungen*, GRUR 1968, 64, 68; Kraft, *Abwehransprüche nach dem deutschen Warenzeichenrecht und der internationale Warenverkehr*, GRUR 1969, 120, 123; Troller, *Die territoriale Unabhängigkeit der Markenrechte im Warenverkehr*, GRUR Int 1960, 244

der Anerkennung einer weltweiten Erschöpfung des Markenrechts besitzen, würden somit zum Eintrittsort dieser Waren in den Gemeinsamen Markt werden.³⁰¹

2.10.3.3 Gemeinschaftsweite Rechtsererschöpfung

2.10.3.3.1 Nationales Markenrecht

Die Stimmen, die sich für eine weltweite Rechtsererschöpfung aussprechen, erfahren deutlichen Widerspruch in Literatur³⁰² und Rechtsprechung³⁰³. Eine weltweite Rechtsererschöpfung wird als Überbetonung des Herkunftsprinzips kritisiert³⁰⁴ und es wird eine Beschränkung der territorialen Reichweite auf das Gebiet des Gemeinsamen Marktes gefordert. Aufgrund des Marktbezugs der Marke, der gemeinschaftsrechtlichen Zuordnung des Gemeinsamen Marktes als den rechtlich maßgebenden Markt und des Wandels der Markenfunktionen im internationalen Warenverkehr ist eine gemeinschaftsweite³⁰⁵ Erschöpfung

³⁰¹ Albert/Heath, Dyed But Not Exhausted – Parallel Imports and Trade Marks in Germany, IIC 1997, 21

³⁰² zur Ansicht in der Literatur siehe: Sack, Die Erschöpfung von Gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach europäischem Recht, GRUR 1999, 193, 210 ff.; Fezer, Wettbewerbsrechtlicher und markenrechtlicher Bestandsschutz funktionsfähiger Distributionssysteme selektiven Vertriebs vor Außenseiterwettbewerb – Die Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Vertriebsbindungssysteme in den Mitgliedstaaten der EU, GRUR 1999, 99, 105; Fezer, Grundprinzipien und Entwicklungslinien im europäischen und internationalen Markenrecht, Richtlinienkonforme Auslegung – Internationale Marktaufteilungen – Funktionenlehre. Markenrechtlicher Designschutz, WRP 1998, 1, 10; Beckmann, Die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes nach neuem Markenrecht, GRUR Int. 1998, 836; Berlit, Markenrechtliche und europarechtliche Grenzen des Markenschutzes, GRUR 1998, 423, 427; Pickrahn, Die Bekämpfung von Parallelimporten nach neuem Markenrecht, GRUR 1996, 592, 596; Klaka, Erschöpfung und Verwirkung im Lichte des Markenrechtsreformgesetzes, GRUR 1994, 321, 327; Harte-Bavendamm/Scheller, Die Auswirkungen der Markenrechtsrichtlinie auf die Lehre von der internationalen Erschöpfung, WRP 1994, 571, 577; Sack, Die Erschöpfung von Markenrechten nach Europäischem Recht, RIW 1994, 897, 899; Schmieder, Neues deutsches Markenrecht nach europäischem Standard, NJW 1998, 1245

³⁰³ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

³⁰⁴ Baumbach/Hefermehl, Warenzeichengesetz und internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, § 15 WZG, Rdnr. 48

³⁰⁵ Der Inhalt der Regelungen des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und damit die Reichweite der Erschöpfung im EWR bestimmt sich nach der

der nationalen Markenrechte in den Mitgliedstaaten aus den warenverkehrsrechtlichen Gründen der Artikel 28 und 30 EG-Vertrag geboten.³⁰⁶ Dieser territorialen Beschränkung des Erschöpfungsprinzips trägt Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie Rechnung, der positivrechtlich den vom Europäischen Gerichtshof fortgebildeten, gemeinschaftsweiten Erschöpfungsgrundsatz niederschreibt.³⁰⁷ Der Gemeinschaftsgesetzgeber besitzt für den Abbau von aufgrund Artikel 30 EG-Vertrag oder der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung erlaubten Maßnahmen der Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum.³⁰⁸ Territorium der Rechterschöpfung sind die Bundesrepublik Deutschland, die weiteren Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum. Das Territorium der Europäischen Gemeinschaft und des Europäischen Wirtschaftsraums ist das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten im staatsrechtlichen Sinn und nicht im geographischen Sinn des europäischen Kontinents.³⁰⁹

Der Begrenzung der territorialen Reichweite der Erschöpfungslehre auf die Europäische Gemeinschaft und den Europäischen Wirtschaftsraum liegt die veränderte Konzeption der Lehre von der wesentlichen Markenfunktion und die Abkehr von der Überbetonung des Herkunftsschutzes zugrunde.³¹⁰ Die europaweite Begrenzung der Erschöpfungswirkung wird dem Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung gerecht, wie er sich aus den Wertungsgrundlagen in den Vorschriften über den freien Warenverkehr in den Artikeln 28 und 30 EG-

rechtsverbindlichen Auslegung des EuGH zu Art. 7 Markenrechts-Richtlinie; ausführlich hierzu Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 16 d m. w. Nachw.

³⁰⁶ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 14

³⁰⁷ Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 436, Sosnitza, Territoriale Grenzen markenrechtlicher Erschöpfung und Europarecht, WRP 1998, 951, 954

³⁰⁸ EuGH Rs. 37/83 *Rewe Zentral AG gegen Direktor der Landwirtschaftskammer*, EuGHE 1984, 1229, 1248 f.; EuGH Rs. C-39/90 *Denkavit Futtermittel GmbH gegen Land Baden-Württemberg*, EuGHE 1991, I-3069, 3108, Rdnr. 26; Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr 44

³⁰⁹ Gemäß Artikel 227 Abs. 2 EG-Vertrag gehören auch die französischen überseeischen Départements zu dem Geltungsbereich des EG-Vertrags; vgl. OLG Hamburg, *Eastpack-Rucksäcke*, GRUR 1999, 739 hinsichtlich Martinique

³¹⁰ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 15

Vertrag ergibt.³¹¹ Durch die Einführung der gemeinschaftsweiten Erschöpfung werden jene Warenverkehrsbehinderungen abgebaut, die darauf beruhen, daß einige Mitgliedstaaten bislang nur eine nationale Markenrechterschöpfung in ihren Markenrechtsordnungen kannten.³¹² Die Ableitung der weltweiten Erschöpfung aus dem Wesen der Marke und der grundlegenden Bedeutung der Herkunftsfunktion widerspricht vielmehr dem Paradigmenwechsel in der Lehre von der wesentlichen Funktion, den die Markenrechts-Richtlinie und deren Umsetzung in nationales Recht vollzogen hat.³¹³ Auch wird dadurch die Herkunftsfunktion überbetont, was bereits vor der Verabschiedung der Markenrechts-Richtlinie ein zentraler Kritikpunkt gewesen ist.³¹⁴ Auf die Frage, ob die Markenrechts-Richtlinie einen Mindestumfang festlegt, kommt es nach der bindenden Entscheidung des Gesetzgebers nicht an. Die Intention des Rates der Europäischen Gemeinschaft, wonach von einer über das Territorium des Geltungsbereichs der Markenrechts-Richtlinie hinausgehenden Erschöpfung Abstand zu nehmen ist, wird belegt durch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie.³¹⁵ Die Gesetzesgeschichte zeigt, daß es sich bei der Regelung des Erschöpfungsumfangs nicht um eine Mindestregelung handelt, sondern um eine rechtspolitisch intendierte, abschließende Regelung.³¹⁶ Des weiteren sind auch außenhandelspolitische Erwägungen zu berücksichtigen. Eine territorial begrenzte europaweite Erschöpfungsregelung behindert nicht den internationalen Handelsverkehr.³¹⁷ Es ist aufgrund der nicht einheitlichen Anwendung des weltweiten Erschöpfungsgrundsatzes die Aufgabe der Europäischen Gemeinschaft, mit ihren wichtigsten Handelspartnern bilaterale und multilaterale Handelsabkommen auf der Grundlage einer

³¹¹ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 15; Hefermehl/Ipsen/Schlupe/Sieben, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, S. 110 ff.

³¹² Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 44

³¹³ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 15

³¹⁴ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 15

³¹⁵ Harte-Bavendamm/Scheller, Die Auswirkungen der Markenrichtlinie auf die Lehre von der internationalen Erschöpfung, WRP 1994, 571, 574 f.

³¹⁶ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 15

³¹⁷ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 16 m. w. Nachw.

gegenseitigen Anerkennung der Rechtser schöpfung abzuschließen.³¹⁸ Ein Beispiel für die Erstreckung der territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes ist das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, in dem der Umfang der Rechtser schöpfung auf den Europäischen Wirtschaftsraum ausgedehnt wird.³¹⁹ Das TRIPS-Abkommen steht nach herrschender Ansicht einem derartigen Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen auch nicht entgegen, denn die Frage der Rechtser schöpfung wird hier ausdrücklich offen gelassen.³²⁰ Die aus der territorialen Erschöpfungswirkung folgende Beeinträchtigung des grauen Marktes ist im Interesse des Markenschutzes hinzunehmen.³²¹ Schließlich setzt die Markenrechts-Richtlinie, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, einen Mindestschutzstandard für Marken, der im Falle einer weltweiten Rechtser schöpfung unterschritten wird.³²²

Der Europäische Gerichtshof hatte in der Entscheidung *Silhouette International Schmied GmbH gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*³²³ aus Anlaß von Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Österreichischen Gerichtshofes und des Cour D'Appel de Bruxelles die Gelegenheit, sich im Rahmen der Auslegung von Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie mit der Frage der territorialen Reichweite der Rechtser schöpfung zu befassen. Der Entscheidung liegt der nachfolgende Sachverhalt zugrunde. Silhouette ist ein österreichisches Unternehmen, das Brillen in Österreich und in anderen Staaten der Europäischen

³¹⁸ so der Hinweis in BGH *Gefärbte Jeans*, BGHZ 138, 308. In dieser Entscheidung hat der BGH den Grundsatz der weltweiten Erschöpfung nach Inkrafttreten des Markengesetzes aufgegeben; Harte-Bavendamm/Scheller, Die Auswirkungen der Markenrechtsrichtlinie auf die Lehre von der internationalen Erschöpfung, WRP 1994, 571, 575, 577

³¹⁹ so der Hinweis in BGH *Gefärbte Jeans*, BGHZ 138, 308. In dieser Entscheidung hat der BGH den Grundsatz der weltweiten Erschöpfung nach Inkrafttreten des Markengesetzes aufgegeben.

³²⁰ Sack, Die Erschöpfung von Gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach europäischem Recht, GRUR 1999, 193, 203 m. w. Nachw., a.A. Albert/Heath, Dyed But Not Exhausted – Parallel Imports and Trade Marks in Germany, IIC 1997, 21, 24

³²¹ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 7e

³²² Sack, Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2000, 610, 615

³²³ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

Gemeinschaft vertreibt.³²⁴ Silhouette ist Eigentümerin der in dieser Entscheidung streitgegenständlichen, mit der Marke von Silhouette versehenen, 21.000 Brillen gewesen. Die Brillen befanden sich in Norwegen.³²⁵ Silhouette hat diese Brillen über einen Händler in London verkauft³²⁶, welcher möglicherweise der Repräsentant von Silhouette für den Mittleren Osten gewesen ist.³²⁷ Nicht eindeutig geklärt ist, ob dieser Händler als Handelsvertreter von Silhouette tätig geworden ist oder ob es sich bei dem Handelsgeschäft in London um einen Zwischenverkauf der Waren gehandelt hat. Es ist also durchaus im Bereich des Möglichen, daß der Erstverkauf der Waren in seiner Gesamtheit innerhalb der Europäischen Gemeinschaft stattgefunden hat. Diese Möglichkeit läßt sich durch die wenigen Tatsachen, die in dieser Entscheidung ans Licht gekommen sind, nicht vollumfänglich klären. Der Händler in London hat die Waren daraufhin an einen anderen Händler weiter veräußert³²⁸ unter Auferlegung von zwei Anweisungen, die Silhouette zu ihren Verkaufsbedingungen gemacht hat: Zum einen müssen die Brillen in Osteuropa verkauft werden und zum anderen dürfen die Brillen nicht in andere Länder exportiert, also auch nicht in die Europäische Gemeinschaft veräußert, also reimportiert, werden.³²⁹ Die mit der Marke von Silhouette versehenen Waren wurden dann exportiert. Die erste Bedingung ist demnach erfüllt, denn die Waren wurden nach Bulgarien verkauft. Hartlauer, der Brillen in Österreich zu günstigen Preisen über

³²⁴ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799, Rdnr. 6

³²⁵ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799, Rdnr. 8

³²⁶ Diese Angabe ist nicht Gegenstand des Gerichtsverfahrens gewesen und stammt von Dr. Müller, der für die Beklagte Hartlauer Handelsgesellschaft mbH aufgetreten ist, vgl. Hays, Hansen, *Silhouette is Not the Proper Case Upon which to decide the Parallel Importation Question*, EIPR 1998, 277

³²⁷ so der Generalanwalt Jacobs in EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, Rdnr. 16; EuGHE 1998, I-4799

³²⁸ Diese Angabe ist nicht Gegenstand des Gerichtsverfahrens gewesen und stammt von Dr. Müller, der für die Beklagte Hartlauer Handelsgesellschaft mbH aufgetreten ist, vgl. Hays, Hansen, *Silhouette is Not the Proper Case Upon which to decide the Parallel Importation Question*, EIPR 1998, 277, 278

³²⁹ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799, Rdnr. 8

seine Verkaufsstätten vertreibt, wird von Silhouette nicht mit Brillen beliefert. Silhouette ist der Ansicht, daß sich der Vertrieb der Brillen von Silhouette durch Hartlauer negativ auf das Image und die Reputation der Marke von Silhouette auswirkt. Hartlauer hat die streitgegenständlichen Brillen von einem Händler erworben,³³⁰ der in Deutschland ansässig ist und die Brillen selbst von jemand anderes erworben hat, möglicherweise direkt aus Bulgarien, vielleicht aber wiederum auch über einen Zwischenhändler.³³¹ Hartlauer hat die Brillen dann in Österreich beworben und in seinen Geschäften zum Verkauf angeboten.³³²

Der Oberste Österreichische Gerichtshof hat dem Europäischen Gerichtshof unter anderem die folgende Frage zur Vorabentscheidung ausgelegt: Ist Artikel 7 Absatz 1 der Markenrechts-Richtlinie dahingehend auszulegen, daß die Marke ihrem Inhaber das Recht gewährt, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke in einem Staat, der nicht Vertragsstaat ist, in den Verkehr gebracht worden sind?³³³

In der *Silhouette*-Entscheidung³³⁴ hat der Europäische Gerichtshof die gemeinschaftsweite Erschöpfung des Markenrechts für die nationalen Markenrechtsordnungen der Mitgliedstaaten als rechtsverbindlich erklärt. Das Prinzip der weltweiten Erschöpfung wird als unvereinbar mit dem Funktionieren des Europäischen Binnenmarktes angesehen. Die territoriale Reichweite der Rechtsererschöpfung wird durch Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie auf das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft

³³⁰ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799, Rdnr. 9

³³¹ Diese Angabe ist nicht Gegenstand des Gerichtsverfahrens gewesen und stammt von Dr. Müller, der für die Beklagte Hartlauer Handelsgesellschaft mbH aufgetreten ist, vgl. Hays, Hansen, *Silhouette is Not the Proper Case Upon which to decide the Parallel Importation Question*, EIPR 1998, 277, 278

³³² EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799, Rdnr. 9

³³³ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799, Rdnr. 14

³³⁴ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

begrenzt.³³⁵ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie. Die Artikel 5 bis 7 Markenrechts-Richtlinie sind die zentralen Sachvorschriften des Markenrechts, da diese sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken und im Zusammenspiel mit den Erläuterungen in der Präambel den einzelnen Mitgliedstaaten keinen Handlungsspielraum lassen. Unbenommen davon bleibt die Möglichkeit der Europäischen Gemeinschaft, die territoriale Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes durch den Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen auf Drittländer zu erstrecken. Beispiel hierfür ist das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, in dem die territoriale Reichweite der Rechtser schöpfung auf den Europäischen Wirtschaftsraum ausgedehnt wurde.³³⁶

Es ist die *Silhouette*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und die damit verbundenen Aufgabe der weltweiten Rechtser schöpfung nicht frei von Kritik geblieben.³³⁷ Zu erwähnen ist hier insbesondere die unverblünte Stellungnahme zum *Silhouette*-Urteil durch Mr. Justice Laddie in seiner Begründung des Urteils der englischen *Davidoff*-Entscheidung auf die unten noch näher eingegangen wird: "*Silhouette has bestowed on a trade mark owner a parasitic right to interfere with the distribution of goods which bears little or no relationship to the proper function of a trade mark right.*"³³⁸ Diese Aussage entspricht der Meinung der meisten Kritiker der gemeinschaftsweiten Rechtser schöpfung. Es wird insbesondere kritisch angemerkt, daß die Regelung der Erschöpfung eine handelspolitische Frage ist und es problematisch erscheint, wenn der Europäische Gerichtshof vor dem Hintergrund der großen innergemeinschaftlichen Interessendifferenzen sich dieser Sichtweise

³³⁵ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

³³⁶ so der Hinweis in BGH *Gefärbte Jeans*, BGHZ 138, 308. In dieser Entscheidung hat der BGH den Grundsatz der weltweiten Erschöpfung nach Inkrafttreten des Markengesetzes aufgegeben.

³³⁷ siehe Freytag, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht – Patente und Marken versus Handelsfreiheit, S. 180 ff., insbes. S. 201 f.

³³⁸ Mr Justice Laddie in *Zino Davidoff SA gegen A&G Imports Ltd.*, All E.R. 1999, 711, 724

anschließt.³³⁹ Kritisch hervorgehoben wird weiterhin, daß es die Funktion eines Markenrechts ist, den Verbraucher über die Herkunft der Ware aufzuklären und gerade nicht, es dem Rechtsinhaber zu ermöglichen, einzelne Märkte voneinander zu unterscheiden und diese weltweit aufzuteilen.³⁴⁰ Der Konsument wird in der *Silhouette*-Sachverhaltsgestaltung durch die Marke „Silhouette“ über die Herkunft der Waren in ausreichendem Maße aufgeklärt, so daß keine Notwendigkeit für eine Ausübung der Markenrechte dergestalt besteht, daß der Wiedereintritt der Waren in den europäischen Markt verhindert wird.³⁴¹ Ein derartiges Vorgehen läuft dem Verbraucherinteresse an niedrigen Preisen zuwider.³⁴² Der Grundsatz der weltweiten Erschöpfung liegt im Interesse eines freien Handelsverkehrs und Wettbewerbs und damit im Interesse des Konsumenten, denn der Parallelhandel mit Waren aus Drittstaaten führt zu einem größeren Produktangebot und zu einem verschärften Preiswettbewerb.³⁴³ Des weiteren zeigt sich, daß bei Heranziehen der nicht vollumfänglich ausgeräumten Möglichkeit eines Erstverkaufs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, der zugrunde liegende Sachverhalt ungeeignet ist, eine Entscheidung über die territoriale Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes zu treffen. Ist der Händler in London nämlich als Handelsvertreter von Silhouette tätig geworden, was nicht abschließend geklärt werden konnte, dann ist Erschöpfung eingetreten.³⁴⁴ Aufgrund des expliziten Wortlautes von Artikel 7 Absatz 1 Markenrechts-Richtlinie war schon lange anerkannt, daß eine

³³⁹ Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – Silhouette einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 757

³⁴⁰ Mac Queen, International Exhaustion of Trade Mark Rights: A Scottish Contribution to the Debate, IPQ 2000, 357, 359

³⁴¹ Mac Queen, International Exhaustion of Trade Mark Rights: A Scottish Contribution to the Debate, IPQ 2000, 357, 359; a.A. Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 7e: Die aus der territorialen Erschöpfungswirkung folgende Beeinträchtigung des grauen Marktes ist im Interesse des Markenschutzes hinzunehmen.

³⁴² Mac Queen, International Exhaustion of Trade Mark Rights: A Scottish Contribution to the Debate, IPQ 2000, 357, 359

³⁴³ Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – Silhouette einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 755 unter Bezugnahme auf die Maglite-Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs

³⁴⁴ von Schultz, Kommentar zum Markenrecht, § 24, Rdnr. 17, 18; Sack, Die Erschöpfung von Gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach europäischem Recht, GRUR 1999, 193 ff., 214 f. m. w. Nachw.

Rechtserschöpfung durch Erstverkauf innerhalb der Europäischen Gemeinschaft eintritt.³⁴⁵

Von Befürwortern und Gegnern der *Silhouette*-Entscheidung gleichermaßen nicht beantwortet wird die Frage nach einem kartellrechtlichen Verstoß gegen Artikel 81 EG-Vertrag und zwar bezüglich der Frage, ob Artikel 7 der Markenrechts-Richtlinie in der Weise zu interpretieren ist, daß Parallelimporte von außerhalb der Europäischen Gemeinschaft auch verhindert werden können, wenn dies Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb der Europäischen Gemeinschaft haben kann. Diese Fragestellung wird unten im zweiten Teil der Arbeit vertieft erörtert.

2.10.3.3.2 Gemeinschaftsmarkenrecht

Durch die Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMVO)³⁴⁶ wurde im Jahr 1994 in der Europäischen Gemeinschaft ein Markensystem geschaffen, das neben den einzelnen nationalen Markensystemen der Mitgliedstaaten besteht. Durch die GMVO kann in einem einzigen Verfahren eine Marke erworben werden, die in der gesamten Europäischen Gemeinschaft wirksam ist und einen einheitlichen Schutz genießt. Die GMVO enthält in Artikel 13 eine Regelung zur markenrechtlichen Erschöpfung. Danach ist es einem Markeninhaber nicht gestattet, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von dem Inhaber selbst oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind. Es geht aus dem Erwägungsgrund Nr. 8 zur GMVO hervor, daß sich die gemeinschaftsweite Erschöpfung der Gemeinschaftsmarke aus dem Grundsatz des freien Warenverkehrs ergibt. Damit wird in Artikel 13 GMVO der Grundsatz der

³⁴⁵ OLG Frankfurt, GRUR Int. 1998, 313 – *Reimport aus Rußland*

³⁴⁶ Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABL. 1994, L 11/1, in Kraft seit 15. März 1994

gemeinschaftswerten Erschöpfung festgeschrieben, wie er bereits von dem Europäischen Gerichtshof aus den Artikel 28 und 30 EG-Vertrag hergeleitet worden war. Allerdings ergab sich aus dieser Rechtsprechung nur die gemeinschaftswerte Rechtterschöpfung als Mindeststandard.³⁴⁷ Ob diese Entscheidung für die gemeinschaftswerte Reichweite der Rechtterschöpfung als abschließend anzusehen ist, ob sie also ein Verbot der weltweiten Rechtterschöpfung beinhaltet, ist nicht eindeutig geklärt. Angesichts des nahezu identischen Wortlauts und gleicher Entstehungsgeschichte von Artikel 13 Absatz 1 GMVO und Artikel 7 Absatz 1 Markenrechts-Richtlinie ist davon auszugehen, daß der Europäische Gerichtshof die in der *Silhouette*-Entscheidung vorgenommene Auslegung im Sinne einer abschließenden gemeinschaftswerten Rechtterschöpfung und dem daraus folgenden Verbot der Mitgliedstaaten, eine weltweite Erschöpfungswirkung einzuführen, auch für Artikel 13 GMVO vornehmen würde, so daß die oben zu dem nationalen Markenrecht dargestellte Kritik auch hier Anwendung findet.³⁴⁸

2.10.4 Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, daß immer dann, wenn eine bestimmte Ware von dem Markenrechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden ist, die dieser Ware anhaftenden Markenrechte in diesem Territorium des erstmaligen Inverkehrbringens erschöpft sind. Erfolgt nun das erstmalige Inverkehrbringen in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft, dann ist das Territorium der Rechtterschöpfung das gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaft. Die gemeinschaftswerte Erschöpfungswirkung tritt grundsätzlich nicht ein,

³⁴⁷ EuGH Rs. 51/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS United Kingdom Ltd.*, EuGHE 1976, 811; Freytag, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht – Patente und Marken versus Handelsfreiheit, S. 203; Eisenführ/Schennen, Gemeinschaftsmarkenverordnung, Artikel 13, Rdnr. 1, 6

³⁴⁸ so auch Freytag, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht – Patente und Marken versus Handelsfreiheit, S. 204

wenn sich der Markeninhaber erst außerhalb der Europäischen Gemeinschaft der Verfügungsgewalt begeben hat.³⁴⁹ Die aus der territorialen Erschöpfungswirkung folgende Beeinträchtigung des grauen Marktes ist im Interesse der Markenschutzes hinzunehmen.³⁵⁰ Die Verhinderung der Wareneinfuhr aus einem Drittstaat stellt die Einheit des Gemeinsamen Marktes, deren Erhaltung die Artikel 28 und 30 EG-Vertrag bezwecken, nicht in Frage.³⁵¹ Dies gilt selbst dann, wenn der Markenrechtsinhaber die Einfuhr einer Ware zu verhindern sucht, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem Drittstaat auf den Markt gebracht wurde.³⁵²

2.10.5 Inverkehrbringen der Ware außerhalb der Europäischen Gemeinschaft

2.10.5.1 Problemstellung

Aus obigen Ausführungen folgt, daß der Markenrechtsinhaber die Einfuhr von Waren verhindern kann, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem Drittstaat auf den Markt gebracht wurden, ohne, daß die Einheit des Gemeinsamen Marktes, deren Erhaltung die Artikel 28 und 30 EG-Vertrag bezwecken, in Frage gestellt wird.³⁵³ Nach der Entscheidung *EMI Records gegen CBS Schallplatten GmbH* betreffen die Regelungen über den freien Warenverkehr nur den innergemeinschaftlichen Warenverkehr.³⁵⁴ Es stellt sich jedoch die Frage,

³⁴⁹ OLG Frankfurt, GRUR Int. 1998, 313 – *Reimport aus Rußland*; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 7e; von Schultz, Kommentar zum Markenrecht, § 24, Rdnr. 17, 18; Sack, Die Erschöpfung von Gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach europäischem Recht, GRUR 1999, 193 ff., 214 f. m. w. Nachw.

³⁵⁰ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 7e

³⁵¹ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records, Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913, 949; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 98

³⁵² Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 98

³⁵³ so auch etwa: Vormann, Markenrechtlicher Schutz vor Parallelimporten – Aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der deutschen Gerichte zur Erschöpfung von Markenrechten, MarkenR 2003, 129

³⁵⁴ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913

ob der Markenrechtsinhaber bei einem Inverkehrbringen der markierten Ware in einem Drittstaat auch gleichzeitig zustimmt bzw. stillschweigend zustimmen kann zu einem Vertrieb der markierten Waren auch innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Diese Frage wurde von dem Europäischen Gerichtshof in der *Silhouette*-Entscheidung³⁵⁵ nicht entschieden, jedoch hat der Generalanwalt Jacobs in seinen Schlußanträgen³⁵⁶ in der *Silhouette*-Sache eine grundsätzliche Antwort auf diese Frage gegeben. Demnach kann sich der Markeninhaber, hat er bei dem Vertrieb der Ware außerhalb der Europäischen Gemeinschaft dem Vertrieb der mit seiner Marke versehenen Ware auch innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zugestimmt, der Einfuhr der Waren aus einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft nicht mehr widersetzen.³⁵⁷ Die markierten Waren unterfallen dann dem Grundsatz der innergemeinschaftlichen Warenverkehrsfreiheit und können gemäß Artikel 28 EG-Vertrag frei und ungehindert in der Europäischen Gemeinschaft zirkulieren. An diese grundsätzliche Feststellung schließen sich die Fragen an, unter welchen Umständen der Markenrechtsinhaber einer Erstvermarktung in der Europäischen Gemeinschaft zustimmt und auf welche Art und Weise eine Zustimmung zum Inverkehrbringen zum Ausdruck gebracht werden muß. Der Kerngehalt dieser Problematik ist die Frage der Möglichkeit einer stillschweigenden Zustimmung des Rechteinhabers zum Inverkehrbringen der markierten Waren innerhalb der Europäischen Gemeinschaft bzw. welche Anforderungen an das Vorliegen einer erschöpfungsauslösenden Zustimmung gestellt werden. Diese Fragestellung reflektiert erneut das Spannungsverhältnis zwischen den nationalen Markenrechtsregelungen und den europäischen Grundsätzen eines gemeinschaftsweit ungehinderten Warenverkehrs.

³⁵⁵ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

³⁵⁶ Schlußanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

³⁵⁷ Schlußanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff., Rdnr. 27

2.10.5.2 Stillschweigende Zustimmung

Der Grundsatz der Rechtser schöpfung geht zurück auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Vereinbarkeit der Ausübung von Immaterialgüterrechten mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs.³⁵⁸ Demgemäß spiegelt Artikel 7 Markenrechts-Richtlinie das Verhältnis zwischen der Ausübung eines Markenrechts und den Grundsätzen der gemeinschaftsweiten Warenverkehrsfreiheit wieder.³⁵⁹ Einerseits ist das Erschöpfungsprinzip objektiv, also unabhängig von der Intention des Markenrechtsinhabers, andererseits ist die Ausübung eines Markenrechts grundsätzlich uneingeschränkt zulässig. Anerkannt ist, daß sobald der Markeninhaber einem Erstverkauf in der Europäischen Gemeinschaft zugestimmt hat, seine Rechte an der Marke erschöpft sind und die Waren ohne Beschränkungen weiterverkauft werden können. Die markierten Waren unterfallen dem Grundsatz der gemeinschaftsweiten Warenverkehrsfreiheit. Fraglich hingegen ist, ob die in einem Drittland erteilte Erstverkaufszustimmung stillschweigend auch die Zustimmung zum Weiterverkauf in der Europäischen Gemeinschaft mit umfaßt. Wäre dies grundsätzlich der Fall, dann käme es sozusagen zu einer Einführung der weltweiten Rechtser schöpfung durch die Hintertür. Es liegt also im Bestreben der Markenrechtsinhaber, den Umfang der Zustimmungserteilung so gering wie möglich zu halten, während die Parallelhändler versuchen, den Umfang einer erteilten Erstverkaufszustimmung möglichst extensiv auszulegen.³⁶⁰ Aus Sicht der

³⁵⁸ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 68

³⁵⁹ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 76

³⁶⁰ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK)*

Parallelhändler sollen möglichst viele Waren in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit fallen. Aus diesem Grund tritt in Streitigkeiten betreffend den Parallelhandel immer wiederkehrend die Frage auf, ob und in wie weit der Markenrechtsinhaber seine Zustimmung zu einem Verkauf in einem bestimmten Land gegeben hat und welche Auswirkung diese Zustimmung insbesondere auf die Markenrechte in der Europäischen Gemeinschaft hat, ob also die Zustimmung zum Erstverkauf in einem Drittstaat auch die Zustimmung zum Weiterverkauf in der Europäischen Gemeinschaft mit einschließt, mit der Folge, daß die den markierten Waren innewohnenden Markenrechte mit Eintritt in die Europäische Gemeinschaft erschöpft sind und entsprechend der Lehre von der Erschöpfung zur Kontrolle des weiteren Warenvertriebs nicht mehr ausgeübt werden können, die Warenverkehrsfreiheit insoweit also die Rechtsausübung beschränkt.

2.10.5.2.1 *Sebago*-Entscheidung des EuGH

Der Europäische Gerichtshof hat sich dem Kernproblem der stillschweigenden Zustimmung in der *Sebago*-Entscheidung³⁶¹ angenähert. Die Entscheidung betrifft den Parallelimport aus einem Drittstaat und behandelt die Frage des Umfangs einer erteilten Erstverkaufszustimmung. Die Beklagte hat Markenschuhe in der Europäischen Gemeinschaft verkauft, die zuvor aus El Salvador importiert worden sind. Der Fall erscheint anhand des *Silhouette*-Urteils³⁶² auf den ersten Blick leicht lösbar. Allerdings hat die Beklagte hier eine interessante Rechtskonstruktion vertreten. Immer dann, wenn der Markenrechtsinhaber auf dem innereuropäischen Markt Waren einer bestimmten Warengattung in den Verkehr bringt, umfaßt diese Erstverkaufszustimmung alle Waren

Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd., EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 29

³⁶¹ EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils, SA gegen G-B Unic, SA*, EuGHE 1999, I-4103 = GRUR Int. 1999, 870

³⁶² EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

dieser bestimmten Warengattung, also auch solche Waren, die mit Zustimmung des Markenrechtsinhabers in einem Drittstaat auf den Markt gebracht wurden. Begründet wird diese Ansicht insbesondere mit der Lehre von der wesentlichen Funktion, wonach der Parallelhandel mit Originalwaren gerade nicht die wesentliche Markenfunktion beeinträchtigt, nämlich eine Garantie der Herkunft und Qualität des markierten Produkts zu sein.³⁶³ Der Konsument kann sämtliche Waren einer bestimmten Art der Herkunft von einem bestimmten Hersteller zuordnen, weshalb die Herkunftsgarantie der Marke erfüllt ist. Entsprechend dem oben Gesagten treten die Interessen der Markenrechtsinhaber zugunsten eines freien und ungehinderten innergemeinschaftlichen Warenverkehrs zurück.

Diese Ansicht untergräbt die *Silhouette*-Entscheidung. Ein Markenrechtsinhaber könnte Parallelimporte aus Drittstaaten nur dann abwehren, wenn andere Waren der fraglichen Warenart noch nicht in der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht wurden.³⁶⁴ Nicht übersehen werden darf hierbei, daß sich die Problematik des Parallelhandels regelmäßig nur dann stellt, wenn der Markenrechtsinhaber seine Ware unter der gleichen Marke auf zwei verschiedenen Märkten vertreibt, wobei der eine ein Hochpreismarkt (Europäische Gemeinschaft) und der andere ein Niedrigpreismarkt (Drittland) ist. Mit Hilfe der beschriebenen Rechtskonstruktion sollte dem Europäischen Gerichtshof die Möglichkeit eröffnet werden, eine Abkehr von der viel kritisierten *Silhouette*-Entscheidung zu vollziehen. Diese, von den Befürwortern einer weltweiten Erschöpfung propagierte Wandlung hat der Europäische Gerichtshof jedoch nicht vollzogen, sondern legt den Zustimmungsbegriff vielmehr restriktiv aus.³⁶⁵ Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs ist die Erstverkaufszustimmung spezifisch bezogen auf jedes einzelne

³⁶³ Ohly, Trade Marks and Parallel Importation – Recent Developments in European Law, IIC 1999, 512, 527

³⁶⁴ Ohly, Trade Marks and Parallel Importation – Recent Developments in European Law, IIC 1999, 512, 527

³⁶⁵ Kunz-Hallstein, COOL WATER und die Erschöpfung, Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des englischen High Court of Justice vom 18. Mai 1999, MarkenR 2000, 113, 115

verkaufte Stück oder, wenn die Ware nur postenweise verkauft wird, spezifisch bezogen auf diesen Warenposten.³⁶⁶ Die Zustimmung ist auch marktspezifisch. Damit die Rechtterserschöpfung in der Europäischen Gemeinschaft eintritt, muß die Erstverkaufszustimmung vorliegen für jedes einzelne Produkt oder jeden einzelnen Warenposten, der innerhalb der Europäischen Gemeinschaft verkauft wird.³⁶⁷ Im Umkehrschluß ergibt sich, daß die Zustimmung gerade nicht stillschweigend erteilt wird für identische Waren oder für einen Wiederverkauf der Ware oder des Warenpostens auf einem anderen Markt, wobei es unerheblich ist, ob der Markenrechtsinhaber weltweit identische Waren vertreibt.³⁶⁸ Die in einem Drittland erteilte Zustimmung hat grundsätzlich keine Auswirkung auf die europäischen Markenrechte an den betreffenden Waren, eine Erschöpfung kann allenfalls nach der jeweiligen nationalen Markenrechtsordnung des Drittlandes oder nach etwaigen internationalen Verträgen eintreten. Die Reichweite der Rechtterserschöpfung ist marktspezifisch, tritt also entweder in dem Drittland oder in der Europäischen Gemeinschaft ein. Unbenommen bleibt eine Ausweitung des Zustimmungsumfangs durch den Markenrechtsinhaber selbst.³⁶⁹ Dem Rechteinhaber muß das Recht verbleiben, das erste Inverkehrbringen der markierten Ware in der Europäischen Gemeinschaft zu kontrollieren.³⁷⁰ Dieser Schutz darf nicht durch die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung inhaltlich ausgehöhlt werden.³⁷¹ Es darf gerade keine weltweite Erschöpfungswirkung durch die Hintertür eingeführt werden.

³⁶⁶ EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils, SA gegen G-B Unic, SA*, EuGHE 1999, I-4103 = GRUR Int. 1999, 870

³⁶⁷ EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils, SA gegen G-B Unic, SA*, EuGHE 1999, I-4103 = GRUR Int. 1999, 870

³⁶⁸ EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils, SA gegen G-B Unic, SA*, EuGHE 1999, I-4103, Rdnr. 18, 21 = GRUR Int. 1999, 870

³⁶⁹ Schlußanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff. Rdnr. 27

³⁷⁰ EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils, SA gegen G-B Unic, SA*, EuGHE 1999, I-4103, Rdnr. 21 = GRUR Int. 1999, 870

³⁷¹ EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils, SA gegen G-B Unic, SA*, EuGHE 1999, I-4103, Rdnr. 21 = GRUR Int. 1999, 870

Aus den Entscheidungen *HAG I*,³⁷² *Sirena*,³⁷³ *HAG II*,³⁷⁴ *Ideal Standard*³⁷⁵ und *Sebago*³⁷⁶ ergibt sich somit, daß die Erstverkaufszustimmung marktspezifisch ist und vorliegen muß für ein bestimmtes Produkt oder einen bestimmten Warenposten. Die in einem Drittland erteilte Zustimmung zum Verkauf hat nur Erschöpfungswirkung in dem jeweiligen Drittland und nur die in der Europäischen Gemeinschaft erteilte Erstverkaufszustimmung bewirkt eine Rechtserschöpfung in der Europäischen Gemeinschaft.

Etwas anderes ergibt sich zunächst nur, wenn der Rechtsinhaber ausdrücklich die in einem Drittland erteilte Erstverkaufszustimmung mit einer Zustimmung zum Weiterverkauf in der Europäischen Gemeinschaft verbunden hat. Dieses Ergebnis folgt aus der kumulativen Anwendung der Grundsätze aus den Entscheidungen *Silhouette*³⁷⁷ und *Sebago*³⁷⁸ sowie aus der Entscheidung *EMI Records, Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*³⁷⁹. Des weiteren stellt die Verhinderung einer Wareneinfuhr aus einem Drittstaat die Einheit des Gemeinsamen Marktes, deren Erhaltung die Artikel 28 und 30 EG-Vertrag bezwecken, nicht in Frage.³⁸⁰ Der Markenrechtsinhaber kann den Import seiner Waren in die Europäische Gemeinschaft aus Drittstaaten auch dann verhindern, wenn die Ware in dem Drittstaat von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden ist.³⁸¹ Eine derartige Rechtsausübung stellt keinen

³⁷² EuGH Rs. 192/73 *Van Zuylen Frères gegen Hag GF AG (HAG I)*, EuGHE 1974, 731

³⁷³ EuGH Rs. 40/70 *Sirena, S.R.L. gegen EDA, S.R.L. und andere*, EuGHE 1971, 69, Rdnr. 9-11 = GRUR Int. 1979, 279

³⁷⁴ EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)*, EuGHE 1990 I-3711 = GRUR Int. 1990, 960

³⁷⁵ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789 = GRUR Int. 1994, 614

³⁷⁶ EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils, SA gegen G-B Unic, SA*, EuGHE 1999, I-4103 = GRUR Int. 1999, 870

³⁷⁷ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799

³⁷⁸ EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils, SA gegen G-B Unic, SA*, EuGHE 1999, I-4103 = GRUR Int. 1999, 870

³⁷⁹ EuGH Rs. 96/75 *EMI Record, Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913

³⁸⁰ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 98

³⁸¹ BGH *Gefärbte Jeans*, BGHZ 131, 308

Verstoß gegen die Grundsätze des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft dar. Unstreitig ist, daß der Markenrechtsinhaber selbst ausdrücklich den Umfang seiner Zustimmung ausweiten kann. Fraglich ist jedoch, ob die Zustimmung zum Inverkehrbringen in einem Drittstaat auch stillschweigend die Zustimmung zum Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft mit umfaßt oder mit umfassen kann. Die Beantwortung dieses Problems erfordert eine genaue Auseinandersetzung mit den Fragen, auf welche Art und Weise ein Markenrechtsinhaber seine Erstverkaufszustimmung zum Ausdruck gebracht haben muß, ob die Zustimmung zum Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft stillschweigend erteilt werden kann und wie etwaige Beschränkungen bei der Zustimmungserteilung hinsichtlich des Weiterverkaufs ausgestaltet sein müssen. Eine Antwort hierauf ergibt sich aus den *Davidoff*-Entscheidungen des U.K. High Court of Justice³⁸², des Scottish Court of Session³⁸³ und schließlich des Europäischen Gerichtshofs³⁸⁴.

2.10.5.2.2 *Davidoff*-Entscheidungen des High Court of Justice und des Scottish Court of Session

Im Vereinigten Königreich finden sich zwei *Davidoff*-Entscheidungen, die von der Sachverhaltsgestaltung nahezu identisch sind, im Ergebnis jedoch vollständig divergieren. Die *Davidoff*-Entscheidung des High Court of Justice von Mr Justice Laddie³⁸⁵ hat lebhaft Diskussionen nach sich gezogen und resultierte in der *Davidoff*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, während die *Davidoff*-Entscheidung des Scottish Court of Session von Lord Kingarth³⁸⁶ in der Literatur wenig Beachtung gefunden

³⁸² *Zino Davidoff SA gegen A&G Imports Ltd.*, All E.R. 1999, 502

³⁸³ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683

³⁸⁴ EuGH verb. Rs. C-414/99, C- 415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001,869, WRP 2002, 65

³⁸⁵ *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd.*, All E.R. 1999, 502

³⁸⁶ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683

hat.³⁸⁷ Beide Entscheidungen befassen sich mit der Frage, ob die in einem Drittland erteilte Zustimmung zum Inverkehrbringen einer markenrechtlich geschützten Ware auch stillschweigend die Zustimmung zum Weiterverkauf in der Europäischen Gemeinschaft mit umfaßt, was zur Folge hätte, daß die Markenrechte an dem fraglichen Produkt erschöpft sind.

Beiden *Davidoff*-Entscheidungen liegt im Wesentlichen die nachfolgende Sachverhaltsgestaltung zugrunde. Die Klägerin (Zino Davidoff S. A.) ist Inhaberin der Rechte an den Marken „Cool Water“ und „Davidoff Cool Water“, eingetragen im Vereinigten Königreich für „Parfümeriewaren“. Die Marken sind an ein deutsches Unternehmen (Lancaster GmbH) ausschließlich lizenziert, welches Parfum und After-Shave unter den beiden Marken in Frankreich produziert und weltweit vertreibt. Alle hergestellten und vertriebenen Produkte sind in Abhängigkeit von den jeweiligen Marktverhältnissen weltweit identisch hinsichtlich Qualität und Beschaffenheit. Die Waren werden mit Zustimmung des Markenrechtsinhabers in Singapur (Drittland) auf den Markt gebracht und von dem dort ansässigen Vertriebs Händler vertrieben. Unter Ziffer 7.2 des Alleinvertriebsvertrags mit dem ortsansässigen Vertriebs Händler findet sich die Bestimmung, die den Vertriebs Händler verpflichtet, die Davidoff-Produkte nur in dem vereinbarten Gebiet außerhalb der Europäischen Gemeinschaft an gewerbliche Abnehmer zu verkaufen und diesen Abnehmern selbst wiederum ein Verbot der Weiterverkaufs außerhalb dieses vereinbarten Gebietes aufzuerlegen. Im für die Entscheidungen maßgeblichen Zeitraum betrugen die Großhandelspreise etwa in Singapur lediglich rund die Hälfte der Großhandelspreise im Vereinigten Königreich, was zu für die Lancaster GmbH unerwünschten Parallelimporten von Drittstaaten in das Vereinigte Königreich geführt hat. Der im Vereinigten Königreich ansässige Parallelhändler hat die Davidoff-Produkte von einem zwischengeschalteten Händler übernommen, wobei vermutet wird, daß

³⁸⁷ bzgl. der schottischen *Davidoff*-Entscheidung siehe: Mac Queen, International Exhaustion of Trade Mark Rights: A Scottish Contribution to the Debate, IPQ 2000, 357

dieser oder ein weiterer zwischengeschalteter Händler die Waren vom dem in Singapur ansässigen Vertriebshändler bezogen hat. Irgend jemand in dieser Vertriebskette hat die Codenummern des Herstellers ganz oder teilweise entfernt oder unkenntlich gemacht, weshalb sich der genaue Vertriebsweg nicht mit letzter Sicherheit rekonstruieren läßt. Der Parallelhändler bringt diese Waren nun in der Europäischen Gemeinschaft auf den Markt, wogegen die Klägerin gerichtlich vorgeht unter anderem mit der Begründung, daß die Einfuhr und der Verkauf der Produkte im Vereinigten Königreich eine Verletzung ihrer Markenrechte darstellt.

Die klagende Markenrechtsinhaberin ist der Ansicht, daß mit der Aufnahme von Ziffer 7.2 in den Alleinvertriebsvertrag alles Vernünftige und Mögliche getan wurde, um das Verkaufsgebiet der Ware zu begrenzen.³⁸⁸ Nach einer Entscheidung des Gerichtshofes der Benelux-Staaten³⁸⁹ müssen vernünftige Hinweise dafür vorliegen, daß der Rechtsinhaber zumindest Kenntnis von den Tätigkeiten oder beabsichtigten Handlungen des Dritten in Bezug auf die Waren hatte, bevor von einer Zustimmung des Markenrechtsinhabers zum Weiterverkauf durch einen Dritten in der Europäischen Gemeinschaft ausgegangen werden kann.³⁹⁰ Seit der *Silhouette*-Entscheidung³⁹¹ des Europäischen Gerichtshofs ist zudem anerkannt, daß Artikel 7 Absatz 1 Markenrechts-Richtlinie eine Einschränkung der dem Rechtsinhaber durch Artikel 5 Absatz 1 Markenrechts-Richtlinie verliehenen Rechte darstellt und Einschränkungen von Rechten grundsätzlich eng auszulegen sind.³⁹² Alles andere eröffnet geradewegs eine weltweite Erschöpfung durch die Hintertür.³⁹³

³⁸⁸ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 12

³⁸⁹ Entscheidung des Gerichtshofes der Benelux-Staaten *Kippling gegen GB Unic* vom 6. Dezember 1999; nicht veröffentlicht. Wiedergabe der Leitsätze und der wesentlichen Entscheidungsgründe in IIC 2000, 475

³⁹⁰ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 12, 14

³⁹¹ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799

³⁹² *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 14

³⁹³ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 15

Der beklagte Parallelhändler argumentiert aus der Herkunftsfunktion der Marke und sieht eine stillschweigende Zustimmung der Klägerin als gegeben an. Es sei kein Grund ersichtlich, warum die Zustimmung nicht auch stillschweigend erteilt werden kann und der Zustimmungsbegriff soll nicht enger ausgelegt werden als unbedingt nötig.³⁹⁴ Die Klägerin hat es unterlassen, angemessene Schritte zur Verhinderung des Parallelhandels in die Europäische Gemeinschaft zu unternehmen, obwohl aufgrund des Preisunterschiedes zwischen dem Hochpreis- und dem Niedrigpreismarkt ein Parallelhandel zu erwarten gewesen ist, so daß von einer stillschweigenden Zustimmung ausgegangen werden kann.³⁹⁵ Insbesondere findet sich kein ausdrückliches Verbot des Verkaufs an Parallelhändler.³⁹⁶

Die zentrale Frage ist, ob der Begriff der Zustimmung nach Artikel 7 Absatz 1 Markenrechts-Richtlinie als nationaler oder gemeinschaftlicher Rechtsbegriff anzusehen ist. Bestimmt man die Zustimmung nach nationalem Recht, so stellt sich zunächst die Frage, nach welchem innerstaatlichen Recht diese Auslegung zu erfolgen hat. Hierbei spielt die kollisionsrechtliche Vorfrage im Rahmen einer nationalen Deutung des Zustimmungsbegriffs eine wesentliche Rolle. Problematisch kann sich dies gestalten, wenn aufgrund einer langen Vertriebskette eine Vielzahl von anwendbaren Rechtsordnungen in Betracht kommen können. Aufgrund einer Beweislastregel der *lex fori* (englisches Recht) wird die Identität des ausländischen Rechts mit dem englischen Recht vermutet, soweit die Parteien sich nicht auf einen abweichenden Inhalt des ausländischen Rechts berufen, so daß das High Court of Justice seiner Entscheidung nicht das vertraglich vereinbarte deutsche Recht zugrunde gelegt hat, sondern das englische Recht als Vertragstatut nach der *lex fori*.

³⁹⁴ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 10

³⁹⁵ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 11

³⁹⁶ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 11

Dies eröffnete Laddie J die Möglichkeit der Anwendung der „implied licence doctrine“ des englischen Case Law unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Betts gegen Wilmott*.³⁹⁷ Nach dieser Doktrin wird bei einem Warenverkauf dem Käufer auch notwendigerweise die Lizenz mit gewährt, nach Belieben mit der Ware zu verfahren. Um dies zu verhindern, bedarf es zum Zeitpunkt des Kaufs einer klaren und ausdrücklichen gegenteiligen Vereinbarung. Nach Ansicht von Laddie J werden durch Ziffer 7.2 des Alleinvertriebsvertrags die Weiterverkaufsbeschränkungen nicht allen nachfolgenden Käufern auferlegt, obwohl dies der Klägerin möglich gewesen wäre. Aufgrund des Fehlens einer klaren und ausdrücklichen gegenteiligen Vereinbarung ist es demnach durchaus vertretbar, die Weiterverkaufsbeschränkungen gegenüber den nachfolgenden Erwerbern als wirkungslos anzusehen, so daß die nachfolgenden Erwerber die Waren an jedem Ort ihres Beliebens weiter veräußern konnten, also auch innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Es besteht die widerlegbare Vermutung, daß die Klägerin einem Verkauf innerhalb der Europäischen Gemeinschaft stillschweigend zugestimmt hat.³⁹⁸ Dies führt auch nicht zu der Einführung einer weltweiten Rechterschöpfung, denn der Klägerin ist ausdrücklich die Möglichkeit vorbehalten gewesen, genügende und effektive Maßnahmen zu unternehmen, um die Beschränkungen auch bei dem weiterem Vertrieb der Waren aufrecht zu erhalten, beispielsweise durch den Aufdruck der Vertriebsbeschränkung auf den Produkten.³⁹⁹

Nach Ansicht von Laddie J hat die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Zustimmung zum Inverkehrbringen in Europäische Gemeinschaft anhand desjenigen nationalen Rechts zu erfolgen, das nach dem Vertragsstatut Anwendung findet. Das nationale Vertragsrecht ist also vorrangig gegenüber den Regelungen der Markenrechts-Richtlinie.⁴⁰⁰ In

³⁹⁷ *Betts gegen Wilmott*, LR 6 Ch. App. 1871, 239, 245; ebenso *National Phonographic Co. Of Australia Ltd. gegen Walter T. Menck*, A.C. 1911, 337

³⁹⁸ *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd.*, R.P.C. 1999, 631, Rdnr. 35, 38

³⁹⁹ *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd.*, R.P.C. 1999, 631, Rdnr. 35

⁴⁰⁰ Ohly, Trade Marks and Parallel Importation – Recent Developments in European Law, IIC 1999, 512, 528

Anbetracht der Befürwortung des Prinzips der weltweiten Erschöpfung durch das englische Case Law, überrascht es nicht, daß auch das englische *Davidoff*-Urteil die weltweite Erschöpfung favorisiert. Laddie J zeigt offen seine kritische Haltung zum Ausschluß der weltweiten Rechtterschöpfung. Er bezeichnet das Recht des Markenrechtsinhabers, sich Warenimporten aus Drittstaaten zu widersetzen, als parasitär, denn dieses Recht bedeutet eine nicht zu rechtfertigende Einmischung in den Warenvertrieb, die wenig oder gar nichts mit der Herkunftsfunktion einer Marke zu tun hat.⁴⁰¹ Dem beklagten Parallelhändler verbleibt letztlich nur die Möglichkeit, die Waren ohne Anbringen der Marke zu veräußern, was insbesondere Designerwaren nahezu unverkäuflich macht.⁴⁰² Mr Justice Laddie fragt nach den Grenzen der weltweiten Rechtterschöpfung und prüft, wie die Lehren von der Erschöpfung und der Zustimmung mit der Lehre von der wesentlichen Funktion, eben der Herkunftsfunktion der Marke, in Einklang gebracht werden können.⁴⁰³ Laddie J anerkennt in seiner Entscheidung sehr wohl die Unantastbarkeit und Objektivität des Prinzips der Rechtterschöpfung an sich. Weder der Rechteinhaber kann sich mit Hilfe vertraglicher Regelungen darüber hinwegsetzen, noch haben die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft die Möglichkeit, sich über dieses Prinzip mit Hilfe nationaler Regelungen hinwegzusetzen.⁴⁰⁴ Mr Justice Laddie stimmt in seiner Entscheidung mit dem *Silhouette*-Urteil⁴⁰⁵ des Europäischen Gerichtshofs dahingehend überein, daß grundsätzlich keine weltweite Erschöpfung eintritt, soweit es sich um Markenrechte an Waren handelt, die außerhalb der Europäischen Gemeinschaft auf den Markt gebracht wurden.⁴⁰⁶ Kein Mitgliedstaat darf direkte oder indirekte Maßnahmen ergreifen, um den Markenrechtsinhaber daran zu hindern,

⁴⁰¹ *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd.*, R.P.C. 1999, 631, Rdnr. 12, 36

⁴⁰² *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd.*, R.P.C. 1999, 631, Rdnr. 12, 36

⁴⁰³ Kunz-Hallstein, COOL WATER und die Erschöpfung, Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des englischen High Court of Justice vom 18. Mai 1999, MarkenR 2000, 113, 114

⁴⁰⁴ *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd.*, R.P.C. 1999, 631, Rdnr. 10

⁴⁰⁵ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799

⁴⁰⁶ *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd.*, R.P.C. 1999, 631, Rdnr. 23

einem Import seiner Waren entgegenzutreten.⁴⁰⁷ Es gibt in Bezug auf Waren, die das erste Mal außerhalb der Europäischen Gemeinschaft auf den Markt gebracht wurden, somit keinen automatischen und unvermeidbaren Verlust der Markenrechte. Die Markenrechte entfallen nicht unabhängig von den Bestrebungen des Rechtsinhabers, so wie es der Fall ist, wenn die Waren zum ersten Mal innerhalb der Europäischen Gemeinschaft auf den Markt gebracht werden.⁴⁰⁸ Nach Ansicht von Laddie J ergibt sich hieraus jedoch im Umkehrschluß, daß der Markenrechtsinhaber auch das Recht behält, dem Import seiner Waren aus einem Drittstaat in die Europäische Gemeinschaft zuzustimmen. Diese Zustimmung kann ausdrücklich oder aber auch konkludent erfolgen. Hierzu müssen alle relevanten Umstände, unter denen die Ware auf den Markt gebracht wurde, in Betracht gezogen werden, einschließlich der Warenart, der maßgeblichen Vertragsbestimmungen und den Bestimmungen des anwendbaren Rechts.⁴⁰⁹ Bei Anwendung der „implied licence doctrine“ des englischen Case Law liegt in der vorliegenden Fallkonstellation nach Ansicht von Mr Justice Laddie eine stillschweigende Zustimmung des Rechtsinhabers zum Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft vor.

Es mag die *Davidoff*-Entscheidung bei Anwendung des Prinzips der impliziten Lizenz aus der Entscheidung *Betts gegen Wilmott* ihre Berechtigung finden, jedoch lassen sich die Entscheidungsgründe von Laddie J nicht kritiklos übernehmen. Unstreitig ist, daß der Markenrechtsinhaber die Möglichkeit haben muß, ausdrücklich einem Import seiner Waren von einem Drittland in die Europäische Gemeinschaft zuzustimmen. Strikt zu trennen hiervon ist jedoch die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung. Es ist zwischen der Zustimmung einerseits und den objektiven Schranken des Markenrechts andererseits

⁴⁰⁷ *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd.*, R.P.C. 1999, 631, Rdnr. 23

⁴⁰⁸ Gross, Trade Mark Exhaustion: The U.K. Perspective, EIPR 2001, 224, 232

⁴⁰⁹ Carboni, *Zino Davidoff SA v. A & G Imports Limited: a way around Silhouette?*, EIPR 1999, 524, 525

zu unterscheiden.⁴¹⁰ Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Markeninhabers folgen die Wirkungen der Zustimmung, während die objektiven Beschränkungen des Markenrechts auf einer Abwägung zwischen dem Schutzinteresse des Markenrechtsinhabers und den Interessen der Allgemeinheit beruhen.⁴¹¹ Gerade durch die leichtfertige Unterstellung einer stillschweigenden Zustimmung des Markenrechtsinhabers beschränkt man den Weg hin zu der Interessensabwägung und gelangt zu einer Scheinbegründung, die dazu führt, daß die Schranken des Markenrechts dem Willen des Rechtsinhabers untergeschoben werden.⁴¹² Der Versuch, die *Silhouette*-Entscheidung durch die Fiktion der Zustimmung zu umgehen, resultiert in einem „Katz-und-Maus Spiel“⁴¹³ zwischen Rechtsinhaber und Parallelhändler, das lediglich offene weitere Fragen aufwirft. In welcher Form darf nach einem unbeschränkten Erstverkauf im Lichte der Warenverkehrsfreiheit Handel betrieben werden? Wie muß eine Weiterverkaufsbeschränkung ausgestaltet sein, um den Anforderungen zu genügen? Diese Fragen zeigen das rechtliche Dilemma auf, daß die Abwehr von Parallelimporten aus Drittstaaten davon abhängt, wie ausgeklügelt ein global operierender Markenrechtsinhaber die Verkaufsbeschränkungen den nachfolgenden Teilnehmern in der Verkaufskette auferlegt. Werden die von Laddie J aufgestellten Voraussetzungen erfüllt und die Beschränkungen allen nachfolgenden Gliedern der Verkaufskette auferlegt, so kann der Rechteinhaber die Importe in die Europäische Gemeinschaft verhindern, ansonsten ist der Parallelhändler in seiner Betätigungsmöglichkeit frei. Dies kann nicht das Ziel einer europaweit einheitlichen Harmonisierung sein, denn die Frage, ob besagte Beschränkungen wirksam sind oder nicht, bleibt zur Beantwortung den nationalen Gerichten überlassen. Notwendig ist

⁴¹⁰ Ohly, Anmerkung zur *Davidoff*-Entscheidung des EuGH, GRUR Int. 2002, 153

⁴¹¹ Ohly, Anmerkung zur *Davidoff*-Entscheidung des EuGH, GRUR Int. 2002, 153

⁴¹² Ohly, Anmerkung zur *Davidoff*-Entscheidung des EuGH, GRUR Int. 2002, 153

⁴¹³ Cornish, Trade Marks: Portcullis for the EEA?, EIPR 1998, 172, 177; Ohly, Trade Marks and Parallel Importation – Recent Developments in European Law, IIC 1999, 512, 529

deshalb das Aufstellen eindeutiger und objektiver Bestimmungen, welche die Interessen der Rechteinhaber einerseits und der Allgemeinheit andererseits miteinander in Einklang bringen.⁴¹⁴

Diese Meinung vertritt auch Lord Kingarth in dem wenig beachteten schottischen *Davidoff*-Urteil.⁴¹⁵ Es führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, wenn der Begriff der Zustimmung anhand des jeweils anwendbaren nationalen Rechts auszulegen ist.⁴¹⁶ Des weiteren dient dies nicht dem Harmonisierungsgedanken der europäischen Markenrechts-Richtlinie.⁴¹⁷ Überläßt man die Bestimmung des Vorliegens der Zustimmung den einzelnen nationalen Gesetzen, dann steht dies nicht im Einklang mit den Bestrebungen der Markenrechts-Richtlinie nach europaweiter Harmonisierung. Wenn in jedem einzelnen Fall anhand des anzuwendenden Rechts und dessen Bestimmungen die Frage des Vorliegens einer Zustimmung beantwortet werden muß, resultiert dies in erheblicher Rechtsunsicherheit.⁴¹⁸ Durch das Urteil wird die weltweite Rechterschöpfung „durch die Hintertür“ eingeführt.⁴¹⁹ Im Gegensatz zur Ansicht von Laddie J kommt Lord Kingarth in der schottischen *Davidoff*-Entscheidung zu dem Ergebnis, daß die klagende Markenrechtsinhaberin sehr wohl ausreichende Argumente vorgetragen hat, um ihn von dem Nichtvorliegen der Zustimmung zum Weiterverkauf in die Europäische Gemeinschaft zu überzeugen.⁴²⁰ Es ist mit Lord Kingarth zwar zuzustimmen, daß Rückschlüsse aus dem Schweigen einer Partei mit Vorsicht zu behandeln sind, jedoch ist anerkannt, daß eine Zustimmung ausdrücklich oder eben stillschweigend abgegeben werden kann.⁴²¹

⁴¹⁴ so auch Cornish, Trade Marks: Portcullis for the EEA?, EIPR 1998, 172, 177

⁴¹⁵ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683

⁴¹⁶ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 12

⁴¹⁷ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 12

⁴¹⁸ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 12

⁴¹⁹ Norman, Parallel Imports from Non-EEA Member States: The Vision Remains Unclear, EIPR 2000, 159, 169; Gross, Trade Mark Exhaustion: The U.K. Perspective, EIPR 2001, 224, 239

⁴²⁰ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683, Rdnr. 22

⁴²¹ Mac Queen, International Exhaustion of Trade Mark Rights: A Scottish Contribution to the Debate, IPQ 2000, 357, 364; Kunz-Hallstein, COOL WATER und die Erschöpfung,

Wohl wissend, daß seine Rechtsansicht im Konflikt mit dem Europäischen Recht und mit dem Anwendungsbereich von Artikel 7 I der Markenrechts-Richtlinie stehen könnte, hat Mr Justice Laddie gemäß Artikel 234 EG-Vertrag dem Europäischen Gerichtshof die Sache zur Vorabentscheidung vorgelegt.⁴²² Mit der Möglichkeit der konkludenten Zustimmung befaßt sich die nachfolgend untersuchte *Davidoff*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs.

2.10.5.2.3 *Davidoff*-Entscheidung des EuGH

Die Vorlage des High Court of Justice betrifft im Wesentlichen die Frage, ob dem Markenrechtsinhaber das Recht zusteht, sich der Einfuhr von Waren in die Europäische Gemeinschaft zu widersetzen, die er selbst oder ein Dritter mit seiner Zustimmung zuvor in einem Land außerhalb der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht hat. Hierbei ist zunächst zu bestimmen, ob der Begriff der Zustimmung nach dem, durch das Vertragsstatut bestimmten, nationalen Recht auszulegen ist oder ob eine gemeinschaftliche Auslegung geboten ist. Die wesentlichen

Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des englischen High Court of Justice vom 18. Mai 1999, MarkenR 2000, 113, 115

⁴²² Vorgelegt wurden unter anderem folgende Fragen:

1. Ist die Richtlinie, soweit sie Waren betrifft, die in der Gemeinschaft mit Zustimmung des Inhabers einer Marke in den Verkehr gebracht worden sind, so auszulegen, daß sie die ausdrückliche oder stillschweigende und unmittelbare oder mittelbare Zustimmung umfaßt?
2. Wenn ein Inhaber der Aushändigung der Ware an einen Dritten unter Umständen zugestimmt oder die Aushändigung genehmigt hat, bei denen sich die Rechte des Dritten auf den weiteren Vertrieb der Waren nach dem Recht des Kaufvertrags richten, nach dem dieser Dritte diese Waren erworben hat, und dieses Recht es dem Käufer gestattet, Beschränkungen für den weiteren Vertrieb oder die Benutzung der Waren durch den Käufer zu verfügen, jedoch auch vorsieht, daß der Dritte ein Recht zum Vertrieb der Ware in allen Ländern einschließlich der Gemeinschaft erwirbt, wenn sein Recht auf weiteren Vertrieb der Waren durch oder für den Inhaber nicht tatsächlich beschränkt wird, ist dann die Richtlinie, wenn die Rechte des Dritten auf Vertrieb der Waren nicht nach diesem Recht wirksam beschränkt worden sind, so auszulegen, daß der Inhaber so behandelt wird, als ob er dem damit erworbenen Recht des Dritten zum Vertrieb der Waren in der Gemeinschaft zugestimmt hätte?
3. Falls die obige Frage bejaht wird, obliegt es dann den nationalen Gerichten, zu bestimmen, ob unter den gesamten Umständen dem Dritten tatsächlich Beschränkungen auferlegt wurden?

Argumentationspunkte für eine Auslegung nach nationalem Recht sind das Fehlen bzw. die Ablehnung einer gemeinschaftlichen Regelungskompetenz, kollisionsrechtliche Aspekte sowie das Fehlen einer gemeinschaftsrechtlichen Angleichung des Vertrags- und Sachenrechts.⁴²³

Nach Ansicht der Generalanwältin in der *Davidoff*-Rechtssache⁴²⁴ ergibt sich bereits aus der *Silhouette*-Entscheidung⁴²⁵ die gemeinschaftliche Regelungskompetenz, denn die Erschöpfungsfrage wird abschließend geregelt durch die Markenrechts-Richtlinie ungeachtet dessen, wo die markierte Ware zunächst in den Verkehr gebracht wurde.⁴²⁶ Dem steht auch nicht der Grundsatz der Territorialität entgegen. Alles andere würde dem europäischen Harmonisierungszweck zuwider laufen.⁴²⁷ Des weiteren ist es nicht zulässig, generell von einer Übereinstimmung zwischen der Zustimmung im Sinne der Markenrechts-Richtlinie und der, auf den Vertragsschluß gerichteten, Willensäußerung auszugehen, denn es ist eine autonome Auslegung des Zustimmungsbegriffs geboten.⁴²⁸ Die Ermittlung der anwendbaren nationalen Rechtsordnung setzt die kollisionsrechtliche Qualifikation der Erschöpfung nach der *lex fori*, unter Beachtung des Wortlauts und der Ziele der Markenrechts-Richtlinie,

⁴²³ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 31

⁴²⁴ Verbunden worden sind die Rechtssachen EuGH Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 869

⁴²⁵ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799

⁴²⁶ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 32 - 35

⁴²⁷ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 32 - 35

⁴²⁸ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 42, 45

voraus, so daß die Ermittlung des Richtlinieninhalts unverzichtbar ist.⁴²⁹ Die fehlende gemeinschaftsrechtliche Angleichung der Vertrags- und Sachenrechtsbestimmungen ist unbeachtlich.⁴³⁰ Die Rechterschöpfung ist unabhängig von der Frage des auf den Vertrag anzuwendenden Rechts zu bestimmen, ansonsten hängt die Tragweite des Markenschutzes von unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen ab, was den Harmonisierungsbestrebungen der europäischen Markenrechts-Richtlinie zuwiderläuft.⁴³¹ Demgemäß ist eine gemeinschaftliche Auslegung des Zustimmungsbegriffs geboten. Der Begriff der Zustimmung im Rahmen der Lehre von der Rechterschöpfung bezieht sich nicht auf die, auf Übertragung gerichtete, Willensäußerung des Markenrechtinhabers.⁴³² Dies ergibt sich auch aus der Entscheidung *Ideal-Standard* des Europäischen Gerichtshofs. Wie bereits oben näher ausgeführt, entspricht die jeder Übertragung immanente Zustimmung nicht der Zustimmung, der es nach der Erschöpfungslehre bedarf.⁴³³ In *Ideal-Standard* wird die Konstruktion der stillschweigenden Zustimmung zurückgewiesen mit der Begründung des Zusammenspiels mit der Lehre von der wesentlichen Funktion.⁴³⁴ Die Zustimmung, die für den Eintritt der Rechterschöpfung notwendig ist, ist anhand der Zurechenbarkeit des

⁴²⁹ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 64

⁴³⁰ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 64

⁴³¹ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 50, 51

⁴³² Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 73

⁴³³ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, Rdnr. 43 = GRUR Int. 1994, 614

⁴³⁴ EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789 = GRUR Int. 1994, 614

Verkaufs bzw. des Inverkehrbringens zu bestimmen.⁴³⁵ Eine Zustimmung zur Übertragung der Verfügungsgewalt an den markierten Waren bleibt hierfür unberücksichtigt.⁴³⁶ Der Zustimmungsbegriff hat einen objektiven Gehalt, der nach Sinn und Zweck der Gemeinschaftsvorschrift auszufüllen ist.⁴³⁷ Insbesondere ist hierbei zu berücksichtigen, daß die Lehre von der Rechterschöpfung bzw. die Zustimmungslehre die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Spannungsverhältnis der nationalen Markenrechtsordnungen zum gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit widerspiegelt. Entsprechend der Grundidee des Binnenmarktes soll die gemeinschaftsweite Rechterschöpfung verhindern, daß mit Hilfe der Ausübung von Markenrechten der freie Handel zwischen den Mitgliedstaaten beschränkt wird.

Die Auslegung der Artikel 28 und 30 EG-Vertrag entspricht der Regelung der gemeinschaftsweiten Erschöpfungswirkung, weshalb eine Unterscheidung zwischen innergemeinschaftlichen und außergemeinschaftlichen Sachverhalten geboten ist.⁴³⁸ Bei der gemeinschaftlichen Auslegung des Zustimmungsbegriffs und der gebotenen Abwägung ist zu berücksichtigen, daß durch Artikel 30 EG-Vertrag Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs insoweit zulässig sind, als diese nach der oben beschriebenen Lehre von dem spezifischen Gegenstand eines Markenrechts gerechtfertigt sind. Innerhalb des Gemeinsamen Marktes ist es dem Rechtsinhaber aufgrund

⁴³⁵ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 73

⁴³⁶ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 73

⁴³⁷ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 75

⁴³⁸ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 76, 78

der Entscheidung für den freien Warenverkehr und dem europäischen Bemühen um eine Vereinheitlichung des Marktbedingungen grundsätzlich zuzumuten, den Parallelhandel hinzunehmen.⁴³⁹ Es ist maßgeblich auf das Kriterium der Vertriebssteuerung abzustellen, woraus folgt, daß eine Zustimmung zum Inverkehrbringen der markierten Waren dann angenommen werden kann, wenn der Rechtsinhaber die Möglichkeit hat, das erstmalige Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft zu steuern.⁴⁴⁰ Im Rahmen des Parallelimports aus Drittstaaten ist zu berücksichtigen, daß das erste tatsächliche Inverkehrbringen nicht mit dem erstmaligen Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft zusammenfällt.⁴⁴¹ Daraus folgt, daß bei dem Parallelimport aus Drittstaaten eine Zustimmung des Rechtsinhabers zum Inverkehrbringen der markierten Waren in der Europäischen Gemeinschaft gleichzeitig den Verzicht auf das ausschließliche Recht zur Vertriebssteuerung in der Europäischen Gemeinschaft zum Inhalt hat.⁴⁴² Ob das Verhalten des Rechtsinhabers unter Beachtung der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts als derartiger Verzicht gedeutet werden kann, ist von dem jeweiligen nationalen Gericht zu prüfen.⁴⁴³ Bei dieser Prüfung ist der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Rechterschöpfung dahingehend zu berücksichtigen, daß bei Zugrundelegung eines ungewöhnlich niedrigen Maßstabes hinsichtlich der Annahme eines Verzichts, es dem

⁴³⁹ Kunz-Hallstein, COOL WATER und die Erschöpfung, Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des englischen High Court of Justice vom 18. Mai 1999, MarkenR 2000, 113, 117

⁴⁴⁰ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 88, 93

⁴⁴¹ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 95

⁴⁴² Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 99

⁴⁴³ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 99

Rechtsinhaber nicht praktisch unmöglich gemacht werden darf, sich bei dem erstmaligen Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft auf sein Markenrecht zu berufen.⁴⁴⁴ Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Annahme von Zustimmungsvermutungen.⁴⁴⁵

Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs in der *Davidoff*-Entscheidung⁴⁴⁶ muß die Zustimmung eines Markenrechtsinhabers zum Vertrieb in der Europäischen Gemeinschaft von solchen markierten Waren, die außerhalb der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind, mit Bestimmtheit einen Willen des Rechtsinhabers zum Verzicht auf sein Recht, sich einem Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft zu widersetzen, erkennen lassen.⁴⁴⁷ Diese Zustimmung muß einen positiven Ausdruck gefunden haben.⁴⁴⁸ Dies kann ausdrücklich oder konkludent geschehen, ergibt sich aber nicht aus dem bloßen Schweigen des Markenrechtsinhabers.⁴⁴⁹ Es wird auf die Wirkungen der Markenrechts-Richtlinie im allgemeinen verwiesen, wonach insbesondere dem Markenrechtsinhaber das Recht verliehen wird, das erste Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Waren in der Europäischen Gemeinschaft zu kontrollieren. Es ist Sache des Europäischen Gerichtshofs, den Zustimmungsbegriff europaweit

⁴⁴⁴ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 100

⁴⁴⁵ Schlußanträge der Generalanwältin, EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, Rdnr. 100

⁴⁴⁶ Urteil vom 20. November 2001; EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65

⁴⁴⁷ EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65, 70, Rdnr. 41, 45

⁴⁴⁸ EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65, 70, Rdnr. 53

⁴⁴⁹ EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65, 70, Rdnr. 53, 55

einheitlich auszulegen, um einen unterschiedlichen Schutzzumfang, abhängig von dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, zu vermeiden.⁴⁵⁰

Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs anerkennen nationale Rechtsvorschriften, die das bloße Schweigen des Markenrechtsinhabers berücksichtigen, keine konkludente Zustimmung, sondern stellen eine Zustimmungsvermutung auf und mißachten damit das sich aus Gemeinschaftsrecht ergebende Erfordernis einer positiv erteilten Zustimmung.⁴⁵¹ Des weiteren ergibt sich eine konkludente Zustimmung nicht bereits aus einer Eigentumsübertragung ohne vertragliche Beschränkungen oder aus dem Unterlassen der Unterrichtung des Erwerbers über den Widerspruch des Rechtsinhabers gegen den Vertrieb in der Europäischen Gemeinschaft oder durch die Nichtangabe des Einfuhrverbots in die Europäische Gemeinschaft auf den Waren.⁴⁵²

Unerheblich ist auch, daß der Wirtschaftsteilnehmer, der die markierten Waren einführt, keine Kenntnis davon hat, daß sich der Markenrechtsinhaber dem Inverkehrbringen oder dem Vertrieb in der Europäischen Gemeinschaft durch andere Wirtschaftsteilnehmer als autorisierte Einzelhändler widersetzt.⁴⁵³ Dem steht es gleich, daß die autorisierten Einzelhändler ihren eigenen Abnehmern keine vertraglichen Beschränkungen auferlegt haben, die einen solchen Widerspruch wiedergeben, obwohl sie von dem Markenrechtsinhaber über den Widerspruch unterrichtet wurden.⁴⁵⁴ Es obliegt dem Wirtschaftsteilnehmer, der sich auf das Vorliegen einer Zustimmung beruft, den Beweis hierfür zu

⁴⁵⁰ EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65, 70, Rdnr. 42, 43

⁴⁵¹ EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65, 70, Rdnr. 58

⁴⁵² EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65, 70, Rdnr. 56

⁴⁵³ EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65, 70, Rdnr. 66

⁴⁵⁴ EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65, 70, Rdnr. 66

erbringen, jedoch sind Modifizierungen dieser Beweislastregel möglich, wenn die Grundsätze des freien innergemeinschaftlichen Warenverkehrs gefährdet sind, namentlich dann, wenn es die Auskunft des Verletzers dem Rechtsinhaber ermöglicht, die Lücken in seinem Vertriebssystem zu schließen.⁴⁵⁵ Ohne Modifizierungen der Beweislastregel wird den Rechteinhabern die Möglichkeit verliehen, in den freien und ungehinderten Warenverkehr innerhalb der Europäischen Gemeinschaft einzugreifen, indem die parallelen Vertriebskanäle für die markierten Waren geschlossen werden, was Nachteile für die Konsumenten nach sich zieht.

2.10.5.2.4 Analyse der *Davidoff*-Entscheidung des EuGH

Es ist dem *Davidoff*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs grundsätzlich zuzustimmen, denn der Gerichtshof anerkennt, daß die Frage der Zustimmung das entscheidende Element für das Erlöschen des Markenrechts ist und einem Verzicht auf das Ausschließlichkeitsrecht gleichzustellen ist. Die Frage, ob eine Zustimmung des Rechtsinhabers zum Inverkehrbringen und damit ein Verzicht auf das Ausschließlichkeitsrecht vorliegt, bedarf zwingend einer gemeinschaftlich einheitlichen Auslegung, um den angestrebten Harmonisierungszweck nicht zu gefährden. Eine Bestimmung des Zustimmungsbegriffs anhand der nach dem Vertragsstatut jeweils anwendbaren nationalen Rechtsordnung würde den Rechtsinhabern die Möglichkeit verleihen, den Gemeinsamen Markt aufzuteilen und nationale Teilmärkte voneinander abzuschotten. Wünschenswert wäre es gewesen, daß der Europäische Gerichtshof den nationalen Gerichten weitergehende Hinweise in Bezug auf die gemeinschaftliche Auslegung des Zustimmungsbegriffs gibt, denn

⁴⁵⁵ EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65, 70, Rdnr. 54; EuGH Rs. C-244/00 *Van Doren und Q. GmbH gegen Lifestyle Sports und Sportswear Handelsgesellschaft mbH und Michael Orth (Stüssy)*, EuGHE 2003 I-3051, näher zur Beweislastverteilung in Parallelhandelsstreitigkeiten Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 24, Rdnr. 83 ff.

auch nach dem *Davidoff*-Urteil ist keineswegs klar, was die Voraussetzungen einer konkludenten Zustimmung wirklich sind. Der Europäische Gerichtshof beschreibt negativ, woraus sich eine konkludente Zustimmung nicht ergeben kann, nämlich aus den Umständen, aus denen Laddie J sie herleitet. Es wird auf das Erfordernis eines mit hinreichender Bestimmtheit erkennbaren Verzichtswillens abgestellt, allerdings ohne nähere Konkretisierung hierzu. Dies hat zur Folge, daß die Frage, ob nun eine stillschweigende Zustimmung vorgelegen hat oder nicht, in jedem einzelnen Fall von neuem von den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten bestimmt werden muß. Die Möglichkeit der Einführung einer weltweiten Rechtsserschöpfung „durch die Hintertür“ bleibt dadurch weiterhin bestehen.⁴⁵⁶

Es ist daher zu fragen, ob es nicht vorzugswürdiger ist, die Möglichkeit der konkludenten Zustimmung gänzlich abzulehnen und, so daß die Zustimmung generell ausdrücklich erteilt werden muß. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs beschäftigen sich stets nur mit einem eng umrissenen Ausschnitt. Rechtssicherheit wird nicht durch schrittweise Entscheidungen erreicht, weder durch die nationalen Gerichte, noch durch den Europäischen Gerichtshof. Solange es den nationalen Gerichten überlassen bleibt zu beurteilen, ob ein hinreichend bestimmter Verzichtswille für die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung vorliegt, solange werden die Parallelhändler ihre Waren aus Drittstaaten in denjenigen Mitgliedstaat importieren, der die geringsten Anforderungen an das Erfordernis einer stillschweigenden Zustimmung stellt. Die markierten Waren können dann in diesem Mitgliedstaat in rechtmäßiger Weise auf den Markt gebracht werden und entsprechend den Grundsätzen des freien Warenverkehrs nachfolgend frei in der Europäischen Gemeinschaft zirkulieren. Es kommt hierbei zu einer weltweiten Rechtsserschöpfung „durch die Hintertür“. Daran wird das

⁴⁵⁶ kritisch zur englischen *Davidoff*-Entscheidung: Norman, Parallel Imports from Non-EEA Member States: The Vision Remains Unclear, EIPR 2000, 159, 169; Gross, Trade Mark Exhaustion: The U.K. Perspective, EIPR 2001, 224, 239

Erfordernis einer gemeinschaftlichen Auslegung des Zustimmungsbegriffs nichts ändern, denn es fehlt an verbindlichen Vorgaben und der Verzichtswille des Rechtsinhabers ist stets neu zu ermitteln. Die Entscheidungen *Silhouette*⁴⁵⁷, *Sebago*⁴⁵⁸ und *Davidoff*⁴⁵⁹ machen deutlich, daß jegliche territoriale Begrenzung der Erschöpfungswirkung obsolet ist, sobald eine Zustimmung des Rechtsinhabers zum Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft vorliegt. Im Sinne der Rechtssicherheit ist eine eindeutige und einheitliche Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen einer Zustimmung zum Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft notwendig. Rechtssicherheit wird nicht dadurch erreicht, daß sich der Parallelhändler auf das Vorliegen einer stillschweigenden Zustimmung berufen kann und dann ein Verzichtswille des Rechtsinhabers ermittelt werden muß, wofür grundsätzlich erst einmal der beklagte Parallelhändler die Beweislast trägt. Bei Ablehnung des Instituts der stillschweigenden Zustimmung stellt sich diese Problematik nicht. Zum Zwecke der Rechtssicherheit ist daher zu fordern, daß eine Zustimmung zum Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft stets ausdrücklich erfolgen muß. Auf diese Weise können die Rechtsinhaber sicher sein, daß ihr Verhalten nicht als Verzicht auf ihr Recht, sich dem Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft zu widersetzen, gedeutet wird und die Parallelhändler können abschätzen, ob eine Rechtsverletzung droht, wenn sie markierte Waren aus Drittstaaten in die Europäische Gemeinschaft importieren.

⁴⁵⁷ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799

⁴⁵⁸ EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils, SA gegen G-B Unic SA*, EuGHE 1999, I-4103 = GRUR Int. 1999, 870

⁴⁵⁹ Urteil vom 20. November 2001; EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65

2.10.6 Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, daß der Markenrechtsinhaber die Einfuhr von Waren verhindern kann, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem Drittstaat auf den Markt gebracht wurden, ohne, daß die Einheit des Gemeinsamen Marktes, deren Erhaltung die Artikel 28 und 30 EG-Vertrag bezwecken, in Frage gestellt wird.⁴⁶⁰ Entsprechend der Entscheidung *EMI Records gegen CBS Schallplatten GmbH* betreffen die Regelungen über den freien Warenverkehr nur den innergemeinschaftlichen Warenverkehr.⁴⁶¹ Möglich ist jedoch, daß der Markenrechtsinhaber einem Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft zustimmt. Dies bedeutet, daß besonderes Augenmerk darauf zu legen ist, unter welchen Umständen der Markenrechtsinhaber einer Erstvermarktung in der Europäischen Gemeinschaft zustimmt und auf welche Art und Weise eine Zustimmung zum Inverkehrbringen zum Ausdruck gebracht werden muß. Die Möglichkeit einer stillschweigenden Zustimmung des Rechteinhabers zum Inverkehrbringen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft besteht auch nach der *Davidoff*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs weiter, lediglich die Anforderungen an das Vorliegen einer erschöpfungsauslösenden Zustimmung wurden negativ konkretisiert. Es liegt somit im Interesse der Rechteinhaber, umsichtig zu sein bezüglich der Frage, wo und wie sie ihre Zustimmung zum Inverkehrbringen der markierten Waren erteilen. Um nicht Gefahr zu laufen, den Zustimmungsumfang zu weitgehend zu gestalten, werden die Rechtsinhaber mit ihren Vertriebspartnern immer restriktivere Vereinbarungen abschließen, denn es soll möglichst verhindert werden, daß sich die nationalen Markenrechte erschöpfen und die markierten Waren frei aus einem Drittstaat in die Europäische Gemeinschaft importiert werden können, wo diese dann den Grundsätzen der Warenverkehrsfreiheit unterfallen.

⁴⁶⁰ so auch etwa: Vormann, Markenrechtlicher Schutz vor Parallelimporten – Aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der deutschen Gerichte zur Erschöpfung von Markenrechten, MarkenR 2003, 129

⁴⁶¹ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913

Der Abschluß solcher restriktiver Vereinbarungen erzeugt einen andauernden Konflikt zu dem Kartellverbot des Artikels 81 EG-Vertrag. Aufgrund des Territorialitätsprinzips können die Rechteinhaber durch territorial gezielte Markenrechtsausübung den Vertrieb und die Weiterverbreitung der markierten Waren wesentlich steuern. Hierdurch wird den Herstellern ein Instrument zur Preisdifferenzierung verliehen.

Im folgenden wird detailliert eine Antwort auf die Frage gegeben, wie sich eine derartige gezielte Ausübung von nationalen Markenrechten zu der kartellrechtlichen Regelung des Artikels 81 EG-Vertrag verhält.

3 Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im Spannungsverhältnis zu den nationalen markenrechtlichen Regelungen am Beispiel vertikaler Vertriebsbindungen

3.1 Einführung und Rechtlicher Rahmen

Die zentrale Bedeutung der warenverkehrsrechtlichen Grundsätze für die Ausbildung gemeinschaftsrechtlicher Schranken und für die nationale Markenrechtsausübung darf nicht das Augenmerk von den europäischen Kartellrechtsregelungen lenken, die einen eigenständigen Anwendungsbereich auf dem Gebiet der Markenrechtsausübung haben. Der EG-Vertrag will die in der Präambel genannten Ziele des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts und der harmonischen Entwicklung der Volkswirtschaften durch die Verwirklichung des freien Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt erreichen.⁴⁶² Die besondere Bedeutung des Wettbewerbs für die Europäische Gemeinschaft wird in Artikel 3 Absatz 1 Ziffer g EG-Vertrag hervorgehoben. Gefordert wird die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt. Das Verbot des Artikel 81 EG-Vertrag⁴⁶³ umfaßt alle Vereinbarungen zwischen

⁴⁶² Bleckmann, Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., Rdnr. 1784

⁴⁶³ Artikel 81 EG-Vertrag (ex-Artikel 85) [Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen]: Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstige Geschäftsbedingungen; die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen; die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen; die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden; die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener

Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, welche geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken und erfüllt die Aufgabe nach Artikel 3 Ziffer g EG-Vertrag.⁴⁶⁴ Die wettbewerbsrechtliche Regelung des Artikel 81 EG-Vertrag dient dem Zweck, den von dem EG-Vertrag angestrebten, wettbewerbsrechtlich organisierten Binnenmarkt gegen private Beschränkungen zu schützen, so daß es vorrangiges Ziel ist, ein System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft zu errichten und dieses gegen künstliche oder willkürliche Eingriffe von Unternehmen zu schützen.⁴⁶⁵ Diese wettbewerbsrechtlichen Zielsetzungen stehen derart im Vordergrund, daß alle Tatbestandsmerkmale des Artikel 81 EG-Vertrag vorrangig in ihrem Licht auszulegen sind.⁴⁶⁶

3.2 Kartellverbot und freier Warenverkehr

Das Kartellrecht stellt einen freien Wettbewerb und somit die Basis der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Sinne des freien Marktzugangs für

Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

⁴⁶⁴ Der Vollständigkeit halber ist hier das Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt nach Artikel 82 EG-Vertrag zu nennen.

⁴⁶⁵ EuGH Rs. 6/72 *Europemballage Corporation und Continental Can gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1973, 215, 244 ff.; EuGH Rs. 6 und 7/73 *I.C.I. SPA und Commercial Solvents gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1974, 223, 252 ff.; EuGH Rs. 102/77 *Hoffmann La Roche & Co. AG gegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft*, EuGHE 1978, 1139

⁴⁶⁶ EuGH Rs. 6/72 *Europemballage Corporation und Continental Can gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1973, 215, 244 ff.; EuGH Rs. 6 und 7/73 *I.C.I. SPA und Commercial Solvents gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1974, 223, 252 ff.; EuGH Rs. 102/77 *Hoffmann La Roche & Co. AG gegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft*, EuGHE 1978, 1139

den Einzelnen sicher und zieht dabei die Grenze zwischen beschränktem und unbeschränktem Wettbewerb. Das Warenverkehrsrecht hat zwar eine zentrale Bedeutung für die Ausbildung gemeinschaftsrechtlicher Schranken, allerdings stellt die Ausübung eines nationalen Markenrechts zur Abwehr des Parallelimports von Waren aus Drittländern in die Europäische Gemeinschaft keine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit dar.⁴⁶⁷ Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil *EMI gegen CBS Schallplatten GmbH* entschieden, daß die Ausübung von nationalen Markenrechten zur Abwehr der Weiterverbreitung von Waren aus Nicht-Gemeinschaftsstaaten trotz eines gemeinsamen Ursprungs der Marke nicht gegen das in den Artikel 28 bis 30 EG-Vertrag enthaltene Prinzip des freien Warenverkehrs verstößt.⁴⁶⁸ Entsprechend der Entscheidung *EMI Electrola GmbH gegen Patricia* finden die Artikel 28 bis 30 EG-Vertrag auf Waren, die außerhalb des Europäischen Binnenmarktes verkauft wurden, keine Anwendung.⁴⁶⁹ Unter Waren aus Drittländern versteht man Waren, die zumindest einen Teil ihres „wirtschaftlichen Lebens“ außerhalb des Europäischen Binnenmarktes verbracht haben und dann gegen den Willen des Inhabers der den Waren innewohnenden Markenrechte und parallel zu dessen autorisierten Vertriebskanälen in den Europäischen Binnenmarkt importiert werden und dort von Parallelhändlern gegen den Willen des Markenrechtsinhabers vertrieben werden.

Es wird an der Entscheidung *EMI gegen CBS Schallplatten GmbH* des Europäischen Gerichtshofs kritisiert, daß dem Urteil bezüglich der Nichtanwendbarkeit des Artikel 28 EG-Vertrag auf aus Drittländern stammende Waren, das Potential innewohnt, eine Art „Festung Europa“ in Bezug auf die Erschöpfung von Rechten zu errichten und dabei die Frage der rechtlichen Behandlung von Parallelimporten den einzelnen nationalen

⁴⁶⁷ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913

⁴⁶⁸ EuGH Rs. 96/75 *EMI Record, Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913, Rdnr 10, 22

⁴⁶⁹ EuGH Rs. 341/87 *EMI Electrola GmbH gegen Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH*, EuGHE 1989, 79, 92

Rechtssystemen zu überlassen.⁴⁷⁰ Diese Kritik relativiert sich, wenn man bedenkt, daß die Kartellrechtsregelungen nicht der innergemeinschaftlichen Beschränkung unterliegen und daher auch im Verhältnis zu Drittstaaten Anwendung finden können.⁴⁷¹ Von Artikel 81 EG-Vertrag können auch Marktaufteilungen kontinentalen Ausmaßes umfaßt sein, wenn die Ausübung eines nationalen Markenrechts der Aufteilung der Märkte zwischen dem Gebiet der Europäischen Gemeinschaft und dem Drittstaat dient und die Tatbestandsmerkmale der Kartellrechtsregeln im Übrigen erfüllt sind.⁴⁷² Die Gefahr einer derartigen Isolierung des Gemeinsamen Marktes insgesamt im Wege eines Kartells von Unternehmen innerhalb des Gemeinsamen Marktes mit Wettbewerbern wird auch von dem Europäischen Gerichtshof nicht ausgeschlossen.⁴⁷³ Der Konflikt zwischen dem Binnenmarktgrundsatz der Artikel 28 und 30 EG-Vertrag und der territorial Märkte aufgliedernden Wirkung der territorial verliehenen Markenrechte wurde oben ausführlich dargestellt. Die Lösung dieses Spannungsverhältnisses zugunsten des freien Warenverkehrs relativiert die mitgliedstaatliche Eigentumsgarantie und die damit verbundene Wirkung, einzelstaatliche Märkte vor einem grenzüberschreitenden Intrabrand-Wettbewerb abzuschirmen.⁴⁷⁴

3.3 Kartellverbot und Schutz des geistigen Eigentums

Das Spannungsverhältnis besteht zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Schutz des geistigen Eigentums, worunter auch das Markenrecht fällt. Insbesondere bei den vertikalen Vertriebssystemen bilden die mit den gewerblichen Ausschlußrechten verbundenen, gebietsweisen Beschränkungsmöglichkeiten die problematischen Berührungspunkte

⁴⁷⁰ Norman, Parallel Imports from Non-EEA Member States: The Vision Remains Unclear, EIPR 2000, 159, 160

⁴⁷¹ Schröter/Jakob/Mederer/Sucker/Guttuso/Gaster, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 139

⁴⁷² Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 100

⁴⁷³ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913

⁴⁷⁴ Immenga/Mestmäcker/Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, GRUR A. I., Rdnr. 1

zwischen dem nationalen Markenrecht und dem Kartellrecht.⁴⁷⁵ Es kann nach Maßgabe des durch die nationalen Markenrechtsordnungen zugebilligten Schutzzumfangs der Wettbewerb Dritter mit dem Schutzgegenstand unterbunden werden, also der Wettbewerb beschränkt werden. Damit steht das Markenrecht auf dem ersten Blick im Widerspruch zu der Wettbewerbsordnung, denn es wird den Markenrechtsinhabern ein wirtschaftliches Monopol gewährt, das den Wettbewerb beschränkt oder ausschließt. Dennoch dienen Kartellrecht und Markenrecht einem einheitlichen Ziel, nämlich der Förderung und Sicherung einer kontinuierlichen wirtschaftlichen Entwicklung.⁴⁷⁶ Das Markenrecht darf den Wettbewerb aber nur soweit beschränken, wie der Schutzzweck des Markenrechts selbst reicht.⁴⁷⁷ Es ist eine Abwägung zu treffen zwischen dem Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit und den durch Bereitstellung ausschließlicher Markenrechte staatlich bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen.⁴⁷⁸ Die territorial begrenzten Wirkungen der nationalen Markenrechte und deren unterschiedliche Schutzvoraussetzungen und Schutzzumfänge sind mit den Erfordernissen der Markteinheit in Einklang zu bringen.⁴⁷⁹ Es werden die nationalen Markenrechte von ihrem sachlichen Umfang her begrenzt. Hinsichtlich ihrer zeitlichen Dauer werden diese bei Benutzung und rechtzeitiger Verlängerung an sich unbegrenzt verliehen. Diese Einräumung von ausschließlichen Rechten bildet das Fundament für volkswirtschaftlich erwünschte Betätigungen, denn nur wenn das Ergebnis einer produktiven Betätigung durch Abwehrrechte vor unbefugten Eingriffen Dritter geschützt wird, dann wird auch das individuelle Bemühen rational handelnder

⁴⁷⁵ Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 406

⁴⁷⁶ Bleckmann, Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., Rdnr. 1913

⁴⁷⁷ Bleckmann, Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., Rdnr. 1913

⁴⁷⁸ Schröter/Jakob/Mederer/Sucker/Guttuso/Gaster, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 2

⁴⁷⁹ Schröter/Jakob/Mederer/Sucker/Guttuso/Gaster, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 2

Wirtschaftssubjekte um Innovation und Fortschritt einsetzen.⁴⁸⁰ Die staatliche Anerkennung von ausschließlichen Rechten schafft ein Anreiz- und Belohnungssystem. Der Wettbewerb wird durch die Einrichtung eines begrenzten Wettbewerbsausschlusses auf der Produktionsebene auf der höher stehenden Innovationsebene gefördert.⁴⁸¹ Hierbei ist im Interesse der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfreiheit sicherzustellen, daß die ausschließlichen Rechte nicht durch Maßnahmen oder vertragliche Abreden in einer von dem Schutzzweck des Rechts nicht mehr umfaßten Weise dazu gebraucht werden, die Wettbewerbsfreiheit Dritter zu beeinträchtigen.⁴⁸²

Der Europäische Gerichtshof hat schon in den Anfangsjahren des Europäischen Binnenmarktes entschieden, daß bezüglich des Verhältnisses der Markenrechte zu den kartellrechtlichen Regelungen des EG-Vertrags eine konzeptionelle Differenzierung vorzunehmen ist. Die maßgebliche Entscheidung ist *Consten und Grundig*.⁴⁸³ Der Europäische Gerichtshof wendet hier die oben im Rahmen der Ausführungen zur Warenverkehrsfreiheit näher dargestellte Lehre von Bestand und Ausübung eines Markenrechts an. Der Bestand ist hierbei von Artikel 295 [ex Artikel 222] EG-Vertrag geschützt und somit unangreifbar von den kartellrechtlichen Regelungen. Die Ausübung hingegen unterliegt der Schranke des Artikel 81 EG-Vertrag und hier insbesondere der Gebrauch von Markenrechten zur Abwehr des Parallelhandels. Das Urteil *Consten und Grundig*⁴⁸⁴ zeigt die Konturen für die Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf das Markenrecht auf. Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die zum Ziel eine Begrenzung des Wettbewerbs innerhalb

⁴⁸⁰ Schröter/Jakob/Mederer/Sucker/Guttuso/Gaster, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 3

⁴⁸¹ Schröter/Jakob/Mederer/Sucker/Guttuso/Gaster, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 3

⁴⁸² Schröter/Jakob/Mederer/Sucker/Guttuso/Gaster, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 3

⁴⁸³ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

⁴⁸⁴ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

des Binnenmarktes haben, können einen Verstoß gegen Artikel 81 EG-Vertrag darstellen. Diese Beeinträchtigung des Wettbewerbs kann zwischen den Parteien der Vereinbarung auftreten oder aber zwischen diesen und Dritten.⁴⁸⁵ Der Wettbewerb kann in Bezug auf eine bestimmte Ware im Binnenmarkt beschränkt werden oder aber es kann der Gemeinsame Markt an sich territorial aufgespalten oder beschränkt werden.⁴⁸⁶ Möglich ist es aber auch, diese Wettbewerbsbeschränkungen dergestalt miteinander zu kombinieren, daß die Menge an erhältlichen Waren ebenso kontrolliert werden kann, wie die Art und Weise in der die Ware den Konsumenten angeboten wird sowie der Verkaufspreis der Ware.⁴⁸⁷ Es ist die Ausübung eines nationalen Markenrechts als solche kartellrechtlich neutral und wettbewerbskonform, jedoch kann ein Verstoß gegen die Kartellrechtsregel des Artikel 81 EG-Vertrag nach der Abgrenzungsformel des Europäischen Gerichtshofs dann vorliegen, wenn die Ausübung des Markenrechts Gegenstand, Mittel oder Folge einer von dem EG-Vertrag verbotenen Kartellabsprache ist.⁴⁸⁸ Die Geltendmachung ist dann ein Mißbrauch des Markenrechts.⁴⁸⁹

Gerade der Gebrauch eines Markenrechts zur Durchsetzung einer ansonsten wirksamen Vereinbarung kann nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine Verletzung von Artikel 81 EG-Vertrag

⁴⁸⁵ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

⁴⁸⁶ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

⁴⁸⁷ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835; EuGH Rs. 86/82 *Hasselblad (G.B.) Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1984, 883;

⁴⁸⁸ EuGH Rs. 40/70 *Sirena, S.R.L. gegen EDA, S.R.L. und andere*, EuGHE 1971, 69 = GRUR Int. 1979, 279; EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co KG*, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450; EuGH Rs. 119/75 *Terrapin (Overseas) Ltd. gegen Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.*, EuGHE 1976, 1039 = GRUR Int. 1976, 402; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Sucker/Guttuso, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 85 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 11; Immenga/Mestmäcker/Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, GRUR, B I, Rdnr. 12

⁴⁸⁹ Calliess/Ruffert/Weiß, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV-, 2. Aufl., Art. 81 EG-Vertrag, Rdnr. 221 ff., insbesondere 224

darstellen.⁴⁹⁰ Das wettbewerbsbeschränkende Verhalten der Verhinderung von Parallelimporten im Binnenmarkt ist also zweigeteilt. Einerseits die Vereinbarung zwischen Unternehmen, die eine wettbewerbsstörende Gesinnung erkennen läßt und andererseits die wettbewerbsbeschränkende Handlung an sich, nämlich der Gebrauch eines Markenrechts zur Durchsetzung einer ansonsten rechtlich unbedenklichen Vereinbarung. Regelmäßig wird der Gebrauch eines ausschließlichen Markenrechts vollumfänglich zulässig sein. Es ist daher Aufgabe des Europäischen Gerichtshofs, die Grenze zu ziehen zwischen zulässigem und unzulässigem Gebrauch eines Markenrechts. Hierzu wurden die oben im Rahmen der warenverkehrsrechtlichen Regelungen näher dargestellten Lehren von dem spezifischen Gegenstand, der wesentlichen Funktion und der Erschöpfung eines Markenrechts entwickelt.⁴⁹¹ Wie obige Ausführungen gezeigt haben, ist die Wirkung der Rechterschöpfung im Wesentlichen abhängig von Umfang und Art und Weise der erteilen Zustimmung zum erstmaligen Inverkehrbringen. Daraus folgt, daß die Markenrechtsinhaber immer restriktivere Vereinbarungen abgeschlossen haben, um den Umfang der Zustimmungswirkung und demgemäß die Reichweite der Erschöpfungswirkung möglichst gering zu halten. Dies hat im Gegenzug den Europäischen Gerichtshof dazu veranlaßt, in gemeinschaftsrechtautonomer Auslegung die Formen der Verhaltenskoordinierung zu skizzieren, auf die Artikel 81 EG-Vertrag Anwendung findet.

⁴⁹⁰ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835; EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, 2855, Rdnr. 59 = GRUR Int. 1994, 614; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Sucker/Guttuso, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 85 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 12; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, Rdnr. 253; Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 413

⁴⁹¹ Immenga/Mestmäcker/Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, GRUR, B I, Rdnr. 16; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 224 ff.

3.4 Formen der Verhaltenskoordinierung

3.4.1 Vereinbarungen

Das Kartellverbot des Artikel 81 findet Anwendung auf formelle Vereinbarungen zwischen Unternehmen. Unerheblich ist es demnach, ob sich die Parteien auf der gleichen⁴⁹² oder verschiedenen⁴⁹³ wirtschaftlichen Ebene befinden.⁴⁹⁴ Artikel 81 EG-Vertrag findet hingegen keine Anwendung auf Unternehmen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, beispielsweise zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft.⁴⁹⁵ Anwendbar ist Artikel 81 EG-Vertrag jedoch auf das Verhältnis von Rechteinhaber und unabhängigen Distributoren der geschützten Waren.⁴⁹⁶ Des weiteren ist keine schriftliche Vereinbarung notwendig, um eine Verletzung von Artikel 81 EG-Vertrag bejahen zu können, denn es ist jegliche Vereinbarung unwirksam, die eine Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels mit parallelimportierten Waren bezweckt, unabhängig von ihrer schriftlichen Fixierung.⁴⁹⁷

⁴⁹² horizontale Vereinbarungen

⁴⁹³ vertikale Vereinbarungen

⁴⁹⁴ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835; EuGH Rs. C-70/93 *Bayerische Motorenwerke AG gegen ALD Auto-Leasing D GmbH*, EuGHE 1995, I-3439, Rdnr. 15

⁴⁹⁵ EuGH Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.*, EuGHE 1974, 1147, Rdnr. 41; Schröter/Jakob/Mederer/Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 78, jedoch Rdnr. 125, 127: Vereinbarungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft können in Einzelfällen in Anwendungsbereich des Art. 81 I EGV fallen, wenn besondere Voraussetzungen vorliegen

⁴⁹⁶ EuGH Rs. C-297/87 *Tipp-ex GmbH & Co. KG gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1990, I-261; EuGH Rs. C-70/93 *Bayerische Motorenwerke AG gegen ALD Auto-Leasing D GmbH*, EuGHE 1995, I-3439, Rdnr. 19

⁴⁹⁷ EuGH Rs. C-297/87 *Tipp-ex GmbH & Co. KG gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1990, I-261; EuGH Rs. C-70/93 *Bayerische Motorenwerke AG gegen ALD Auto-Leasing D GmbH*, EuGHE 1995, I-3439, Rdnr. 24; 85/6177EWG Entscheidung der Kommission *Sperry New Holland*, ABL. 1985, L 376/21, Rdnr. 52; 82/367/EWG Entscheidung der Kommission *Hasselblad*, ABL. 1982, L 161/18, Rdnr. 55; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 74; Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger/Roth/Ackermann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Rechtsordnungen, Stand 2000, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rdnr. 89

3.4.2 Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Das Kartellverbot nach Artikel 81 findet nicht nur Anwendung auf formelle Vereinbarungen zwischen den Parteien. Vielmehr können auch informelle Abreden in Bezug auf Konkurrenten kartellrechtlich unzulässig sein. Jegliche Form kollusiven Zusammenwirkens zwischen Wettbewerbern, das geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen, kann in den Anwendungsbereich des Artikel 81 EG-Vertrag fallen.⁴⁹⁸ Das Verbot der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen bezeichnet die äußerste Grenze des Anwendungsbereichs des Kartellverbots und hat in der Praxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs die Funktion eines Auffangtatbestands in Fällen, in denen der Kommission der Nachweis einer Vereinbarung oder eines Beschlusses mangels eines verpflichtenden Elements nicht gelingt.⁴⁹⁹ Die Grenze zwischen einer Vereinbarung und einer abgestimmten Verhaltensweise ist fließend. Von dem Begriff der „abgestimmten Verhaltensweisen“ wird jede Form der Koordinierung zwischen Unternehmen erfaßt, die zwar noch nicht bis zum Abschluß eines Vertrags im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewußt eine praktische Zusammenarbeit an Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt.⁵⁰⁰ Es steht hier die willentliche Anpassung an die Wünsche eines anderen Unternehmens im Gegensatz zu der autonomen Festlegung der eigenen Unternehmensstrategie.⁵⁰¹ Beteiligte können

⁴⁹⁸ EuGH Rs. 5/69 *Völk gegen Etablissements Vervaecke, Sprl.*, EuGHE 1969, 295, Rdnr. 3

⁴⁹⁹ Grabitz/Hilf/Stockenhuber, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 81 EGV, Rdnr. 106; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 80

⁵⁰⁰ EuGH verb. Rs. 48, 49 und 50-57/96 *I.C.I. Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1972, 619, Rdnr. 64, 67

⁵⁰¹ ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. EuGH verb. Rs. 48, 49 und 50-57/96 *I.C.I. Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1972, 619, 659 ff.; EuGH Rs. 53/69 *Sandoz AG gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1972, 845, 877 ff. = NJW 1972, 1636; EuGH Rs. 57/69 *Azienda Colori Nazionali – ACNA S.P.A. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1972, 933, 953 ff.; EuGH verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 *Europäisches Zuckerkartell: Coöperative Vereniging „Suicker Unie“ UA und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1975, 1663, 1965 ff.; EuGH Rs. 172/80 *Züchner gegen Bayerische Vereinsbank AG*, EuGHE 1981, 2021, 2031 ff. = NJW 1982, 805; EuGH verb. Rs. 100-103/80 *Musique Diffusion Française, SA gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1983, 1825, 1878 ff.; EuGH verb. Rs. 29, 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA*

Unternehmen auf gleichen wie auch auf unterschiedlichen Handelsstufen sein.⁵⁰² Notwendig ist, daß ein ursächlicher Zusammenhang besteht zwischen der Verhaltensabstimmung und dem entsprechenden Parallelverhalten der beteiligten Unternehmen, wobei regelmäßig vermutet wird, daß die mit dem Konkurrenten ausgetauschten Informationen auch verwendet werden.⁵⁰³ Des weiteren fordert der Europäische Gerichtshof, daß sich die Abstimmung in einem entsprechenden Verhalten geäußert hat, wobei wiederum nicht erforderlich ist, daß die von den Parteien intendierte Wettbewerbsbeschränkung sich auch tatsächlich realisiert hat.⁵⁰⁴ Das Mittel der abgestimmten Verhaltensweise ist hierbei beliebig und kann auch über Dritte erfolgen.⁵⁰⁵ Es zeigt sich, daß das „Bewußtsein“ der Parteien entscheidend ist, also der jeweilige *mens rea*. Zufälliges oder nachlässiges Verhalten scheidet daher aus dem Anwendungsbereich des Artikel 81 EG-Vertrag aus, jedoch kann ein Parallelverhalten im Sinne einer Handlung, die das wettbewerbliche Risiko durch gleichzeitiges Handeln zu minimieren versucht, sehr wohl als Nachweis einer abgestimmten Verhaltensweise dienen.

Beweisbedürftig sind beide Elemente des gesetzlichen Tatbestandes, einerseits die Abstimmung des Verhaltens mehrerer Unternehmen und andererseits die Handlungen und Unterlassungen, in denen sich diese

und Societe Rheinzink GmbH gegen Europäische Kommission, EuGHE 1984, 1679, 1702 ff.; EuGH Rs. 243/83 *SA Binon ET & Cie gegen SA Agence et Messageries de la Presse*, EuGHE 1985, 2015, 2039 ff. = NJW 1986, 651; EuGH verb. Rs. 110/88, 241/88, 242/88 *Lucazeau und andere gegen SACEM*, EuGHE 1989, 2811, 2829f. = EuZW 1990, 415; EuGH verb. Rs. 89, 104, 114, 116-117, 125-129/85 *A. Ahlström Osakeyhtiö und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1993, I-1307; EuGH Rs. C-7/95 P. *J. Deere Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1998, I-3111, 3162 ff.; EuGH Rs. C-199/92 P. *Hüls AG gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1999, 4287, WuW/EuR 226, 230 f., Rdnr. 158 ff.; 86/398/EWG Entscheidung der Kommission *Polypropylen*, ABL. 1986, L 230/1

⁵⁰² 82/367/EWG Entscheidung der Kommission *Hasselblad*, ABL. 1982, L 161/18, 26 f.

⁵⁰³ EuGH Rs. C-199/92 P. *Hüls AG gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1999, 4287, WuW/EuR 226, 230 f., Rdnr. 158 ff.; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 81; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. A 116 ff.

⁵⁰⁴ EuGH Rs. C-199/92 P. *Hüls AG gegen Europäische Kommission* EuGHE 1999, 4287, WuW/EuR 226, 230 f., Rdnr. 158 ff.; EuG Rs. T-25/95 *Cimenteries CBR gegen Europäische Kommission*, EuGHE 2000, II-491

⁵⁰⁵ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I §1, Rdnr. 85 f.

niederschlägt.⁵⁰⁶ In der überwiegenden Zahl der Fälle gelingt der Nachweis einer Verhaltensabstimmung der beweisbelasteten Kommission nur im Wege eines aufwendigen Indizienbeweises.⁵⁰⁷ Es sind anhand der Besonderheiten des relevanten Marktes alle maßgeblichen Fakten zu berücksichtigen, woraus auf ein kollusives Verhalten zwischen den Wettbewerbern geschlossen werden könnte und anhand dieser Umstände ist zu prüfen, welche Handlungsmöglichkeiten den Unternehmen überhaupt offen stehen.⁵⁰⁸ Der Schluß auf eine abgestimmte Verhaltensweise aus einer über einen längeren Zeitraum dauernden Verhaltensidentität ist nur dann zulässig, wenn sich unterschiedliche Handlungsalternativen abzeichnen, wie sie für Wettbewerbsmärkte typisch sind.⁵⁰⁹

Zur Führung des ersten Teils des Beweises, der wettbewerbswidrigen Abstimmung des Verhaltens mehrerer Unternehmen, bedient sich die Europäische Kommission häufig der Vereinbarungen, die die Wettbewerber selbst oder Dritte betreffen.⁵¹⁰ Des weiteren ergibt sich der Nachweis eines informellen Austausches des beabsichtigten zukünftigen Marktverhaltens zwischen den Wettbewerbern etwa über eine vorherige Kontaktaufnahme,⁵¹¹ aus der Korrespondenz zwischen den

⁵⁰⁶ Schröter/Jakob/Mederer/Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 94

⁵⁰⁷ EuGH verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 *Europäisches Zuckerkartell: Coöperative Vereniging „Suicker Unie“ UA und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1975, 1663, Rdnr. 363; Leube, Die Kartellrechtliche Beurteilung des Erfahrungsaustauschs bei zwischenbetrieblicher Kooperation, BB 1974, 208; Marx, Zum Nachweis aufeinander abgestimmten Verhaltens, BB 1978, 332; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. A 124-133; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schröter, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 85 I, Rdnr. 68 ff.

⁵⁰⁸ EuGH verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 *Europäisches Zuckerkartell: Coöperative Vereniging „Suicker Unie“ UA und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1975, 1663, Rdnr. 28

⁵⁰⁹ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I §1, Rdnr. 88

⁵¹⁰ EuGH verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 *Europäisches Zuckerkartell: Coöperative Vereniging „Suicker Unie“ UA und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1975, 1663, Rdnr. 173

⁵¹¹ EuGH verb. Rs. 40-48, 50, 54-56 *Europäisches Zuckerkartell: Coöperative Vereniging „Suicker Unie“ UA und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1975, 1663, Rdnr. 174

Wettbewerbern und Dritten,⁵¹² vom Hörensagen Dritter,⁵¹³ von der Festlegung eines speziellen Preises⁵¹⁴ oder aus Vereinbarungen, die einen Dritten von der Teilnahme am Wettbewerb fernhalten sollen.⁵¹⁵ In Bezug auf selektive Vertriebssysteme kann sich aus dem Betreiben eines solchen Systems der Nachweis der Wettbewerbsstörung ergeben, wenn den bereits bestehenden Händlern nicht die Möglichkeit eröffnet ist, in andere Gebiete einzudringen oder der Hersteller sich weigert, in einem Gebiet andere Händler, die an sich geeignet sind, an dem Vertriebssystem teilzunehmen, zu beliefern, solange die Verkaufszahlen der bereits bestehenden Händler nicht unter einen bestimmten Betrag gefallen sind oder die Belieferung der in Frage kommenden neuen Händler von einer Abstandszahlung an die bestehenden Händler abhängig gemacht wird oder es den Händlern untersagt ist, an bestimmte Kundenkategorien zu verkaufen.⁵¹⁶ Des weiteren können innerhalb eines selektiven Vertriebssystems Beschränkungen hinsichtlich der Werbung,⁵¹⁷ Preisnachlässen und Sonderangeboten⁵¹⁸ oder auch Reparaturgarantien⁵¹⁹ ausreichenden Nachweis für eine abgestimmte Verhaltensweise bieten, die darauf abzielt, den Wettbewerb zu beschränken.

⁵¹² EuGH verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 *Europäisches Zuckerkartell: Coöperative Vereniging „Suicker Unie“ UA und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1975, 1663, Rdnr. 164

⁵¹³ EuGH verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 *Europäisches Zuckerkartell: Coöperative Vereniging „Suicker Unie“ UA und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1975, 1663, Rdnr. 272-332

⁵¹⁴ 82/367/EWG Entscheidung der Kommission *Hasselblad* ABL. 1982, L 161/18 ff., Rdnr. 42, 47

⁵¹⁵ EuGH verb. Rs. 29, 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA und Societe Rheinzink GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1984, 1679

⁵¹⁶ 85/559/EWG Entscheidung der Kommission *Ivoclar*, ABL. 1985, L 369/1; EuGH verb. Rs. 29, 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA und Societe Rheinzink GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1984, 1679

⁵¹⁷ 82/367/EWG Entscheidung der Kommission *Hasselblad*, ABL. 1982, L 161/18 ff., Rdnr. 60

⁵¹⁸ 91/335/EWG Entscheidung der Kommission *Gosmé, SA - Distribution Martell Piper*, ABL. 1991, L 185/23, Rdnr. 34

⁵¹⁹ 82/367/EWG Entscheidung der Kommission *Hasselblad*, ABL. 1982, L 161/18 ff., Rdnr. 56

Der zweite Teil der Beweisführung, der Nachweis, daß abgestimmte Verhaltensweisen den innergemeinschaftlichen Wettbewerb beeinflussen, also der Nachweis der Handlungen und Unterlassungen, in denen sich diese niederschlägt, ist weniger qualitativer, sondern mehr quantitativer Natur. Hat eine abgestimmte Verhaltensweise keine nennenswerten Auswirkungen auf den Markt, dann kann die *de minimis* Ausnahme zur Anwendung kommen.⁵²⁰ Zur Beantwortung der Frage, ob eine relevante Auswirkung auf den Markt gegeben ist, muß zunächst der jeweilige relevante Marktsektor bestimmt werden und im Anschluß daran der Marktanteil auf dem betreffenden relevanten Markt. Bei vertikalen Vereinbarungen und einem Marktanteil von unter 15 % kommt gemäß der vom 1. Januar 2002 an geltenden Bagatellbekanntmachung⁵²¹ die *de minimis* Ausnahme zur Anwendung.⁵²² Sobald also das jeweilige Marktsegment bestimmt wurde und festgestellt wurde, daß dieses Marktsegment durch die Verhaltenskoordinierung beeinträchtigt sein kann, obliegt es der Europäischen Kommission zu entscheiden, ob die fragliche restriktive Verhaltensweise ein, dem Wettbewerb zuwider laufendes Ziel verfolgt oder eine derartige Auswirkung hat. Eine restriktive Verhaltensweise beeinträchtigt den innergemeinschaftlichen Handel, wenn der Einfluß auf die Handelsstruktur zwischen den Mitgliedstaaten vorhersehbar und wahrscheinlich ist.⁵²³ Aus diesem Grund fallen unter das Kartellverbot des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag etwa Verhaltensweisen, die in der Absicht durchgeführt werden, den Export von Waren in einen Mitgliedstaat teurer und somit für andere weniger profitabel zu machen oder Dritte zu entmutigen, bestimmte Waren in einen Mitgliedstaat zu exportieren und somit darauf abzielen, in dem Bestimmungsland ein höheres Preisniveau beizubehalten und dadurch ein bestimmtes

⁵²⁰ EuGH Rs. 5/69 *Völk gegen Etablissements Vervaecke, Sprl.*, EuGHE 1969, 295, Rdnr. 3

⁵²¹ Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringerer Bedeutung, ABL. 2001, C 368/13

⁵²² Einzelheiten bei Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I §1, Rdnr. 120, 125; Schröter/Jakob/Mederer/Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 217 ff.

⁵²³ EuGH Rs. 42/84 *Remia, BV, Verenigde Bedrijven Nutricia, NV und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1985, 2545, Rdnr. 22

Marktsegment in dem Bestimmungsland vor dem Preiswettbewerb abzuschirmen.⁵²⁴

Es verbietet Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag die Ausübung eines Markenrechts insoweit, als dadurch Vereinbarungen zwischen unabhängigen Unternehmen durchgesetzt werden sollen, deren Ziel die Unterbindung des innergemeinschaftlichen Parallelhandels ist. Der Gebrauch eines Markenrechts im Zusammenspiel mit einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise, der die Möglichkeit der Abwehr des Parallelhandels innewohnt, bestimmt die Gesinnung der Parteien. Es läßt die Handlung an sich den Schluß auf die dahinter stehende Gesinnung zu. Abreden in Vertikalvereinbarungen, die eine Marktaufteilung bezwecken oder bewirken, fallen in den Anwendungsbereich des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag. Es ist das Kartellverbot alleine wegen der einer derartigen Vereinbarung innewohnenden wettbewerbsbeschränkenden Tendenz anwendbar.⁵²⁵ Hierunter fallen insbesondere unmittelbare und mittelbare, ausdrückliche und konkludente, totale und partielle Exportverbote für die Abnehmer, durch die den verschiedenen Abnehmergruppen in der Europäischen Gemeinschaft ausschließliche Absatzgebiete zugewiesen und Parallelimporte verhindert werden sollen.⁵²⁶ Es findet sich in Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag ein per-se-Verbot für derartige Abreden, denn diese stehen in direktem Widerspruch zu Ziel und Zweck der innereuropäischen Marktintegration.⁵²⁷ Allerdings findet sich in der neueren Rechtsprechung der europäischen Gerichte die Tendenz, zwischen den zwar an sich wettbewerbsbeschränkenden, aber vernünftigen und deshalb positiv zu bewertenden Absichten der Beteiligten und etwaigen wettbewerbsbeschränkenden Nebenwirkungen von Vereinbarungen zu

⁵²⁴ 91/335/EWG *Entscheidung der Kommission Gosmé, SA - Distribution Martell Piper*, ABL. 1991, L 185/32, Rdnr. 34

⁵²⁵ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I §1, Rdnr. 136

⁵²⁶ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835; EuGH verb. Rs. 29, 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA und Societe Rheinzink GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1984, 1679, 1704

⁵²⁷ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 128

unterscheiden.⁵²⁸ An dieser Stelle ist insbesondere die *Javico*-Entscheidung⁵²⁹ zu den Ausfuhrvereinbarungen in Vertriebsvereinbarungen für Drittstaaten zu nennen, auf die unten im Rahmen der wettbewerbsbeschränkenden Vertriebsvereinbarungen mit Parteien außerhalb der Europäischen Gemeinschaft noch näher eingegangen wird.

3.5 Der Relevante Markt

Bei der Bestimmung der Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung auf Dritte legen der Europäische Gerichtshof und die Europäische Kommission besonderes Augenmerk auf die Größe des Marktanteils, der von den Parteien einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise gehalten wird. Grund hierfür ist, daß sich die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung nur auf möglichst genau abgegrenzten Märkten feststellen läßt. Der Marktanteil an sich ist abhängig von der Definition des jeweiligen Marktes für die in Frage stehenden Produkte. Den relevanten Markt bestimmt jedes Unternehmen zunächst einmal selbst anhand des Marktes, auf dem das Unternehmen sich betätigt.⁵³⁰ Häufig ergibt sich die Marktabgrenzung bereits aus der in Frage stehenden Vereinbarung selbst, beispielsweise wenn ihr, regelmäßig räumlicher, Anwendungsbereich und der damit betroffene relevante Markt bereits exakt beschrieben sind.⁵³¹ Möglich ist auch eine Umschreibung

⁵²⁸ Schröter/Jakob/Mederer/Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 140; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 137

⁵²⁹ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983

⁵³⁰ EuG Rs. T-34/92 *Fiatagri UK Ltd. und New Holland Fort Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1994, II-905, 934, Rdnr. 51, 936, Rdnr. 56; EuG Rs. T-29/92 *SPO und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1995, II-289, 318 ff., Rdnr. 76-82; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 128; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. A 218

⁵³¹ EuG Rs. T-34/92 *Fiatagri UK Ltd. und New Holland Fort Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1994, II-905, 934, Rdnr. 51, 936, Rdnr. 56; EuG T-29/92 *SPO und andere gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1995, II-289, 318 ff., Rdnr. 76-82;

des relevanten Marktes durch Erstreckung der Vereinbarung auf ganze Erzeugnisgruppen.⁵³² Fehlt eine Vereinbarung zwischen den Parteien, wird nach herrschender Ansicht im europäischen, wie auch im deutschen Kartellrecht der relevante Markt nach dem Bedarfsmarktkonzept bestimmt.⁵³³ Das maßgebliche Kriterium bei der Bestimmung der Zugehörigkeit mehrerer Produkte oder Dienstleistungen zu einem Markt ist hierbei die funktionelle Substituierbarkeit der Produkte und Dienstleistungen für die Marktgegenseite.⁵³⁴ Die Einzelheiten regelt die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes der Europäischen Kommission.⁵³⁵ Es umfaßt danach der sachlich relevante Produktbereich sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihrer Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden.⁵³⁶ Bei Angebotsmärkten gehören hierzu alle Waren und Dienstleistungen, die in den Augen eines vernünftigen Abnehmers geeignet sind, ohne weiteres der Befriedigung des selben Bedarf zu dienen, wobei es je nach den entsprechenden Abnehmerpräferenzen auf die unterschiedlichsten Merkmale ankommen kann.⁵³⁷ In erster Linie maßgeblich sind hierbei die Eigenschaften der fraglichen Produkte, ihre

⁵³² EuGH Rs. 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG und Verband des SB-Großhandels e.V. gegen Europäische Kommission (SABA I)*, EuGHE 1977, 1875, 1903, Rdnr. 51

⁵³³ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 129; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. A 291

⁵³⁴ EuG Rs. T-34/92 *Fiatagri UK Ltd. und New Holland Ford Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1994, II-905, 934, Rdnr. 51; EuG Rs. T-141/89 *Tréfileurope Sales Sarl gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1995, II-791, 808 ff., Rdnr. 24 ff.; EuG Rs. T-7-93 *Langnese-Iglo GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1995, II-1533, 1560 ff., Rdnr. 60 ff.; EuG Rs. T-229/94 *DB AG gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1997, II-1689, 1713, Rdnr. 54; 99/781/EWG Entscheidung der Kommission *BiB / Open*, ABL. 1999, L 312/1, 3, Rdnr. 13 ff.

⁵³⁵ Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes vom 9.12.1999, ABL. 1997, C 327/5, Rdnr. 14; Leitlinien über vertikale Beschränkungen vom 24.9.1999, ABL. 1999, C 270/12, 22 ff., Rdnr. 82 ff.

⁵³⁶ Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringerer Bedeutung vom 9.12.1997, ABL. 1997, C 372/13, Rdnr. 14; Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes vom 9.12.1999, ABL. 1997, C 327/5, Rdnr. 7

⁵³⁷ Schröter/Jakob/Mederer/Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 131; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 129

Preislage sowie ihr Verwendungszweck.⁵³⁸ Es ist auch möglich, daß beispielsweise bei Vorliegen ausgesprochener Abnehmerpräferenzen für Waren einer bestimmten Preislage, etwa wegen einer bestimmten Marke, diese Waren einen eigenen Markt bilden.⁵³⁹ In allen anderen Fällen wendet die Europäische Kommission die Theorie der Kreuzpreiselastizität an und orientiert sich vorrangig an der Reaktion der Konsumenten auf Preisänderungen bei den verschiedenen Waren.⁵⁴⁰ Es folgt daraus, daß solche Produkte oder Dienstleistungen, die aufgrund ihrer besonderen Eigenschaften durch andere Produkte oder Dienstleistungen nur in einem geringen Umfang oder lediglich zeitlich begrenzt ersetzt werden können, einen eigenen Markt bilden.⁵⁴¹ Möglich ist es deshalb zum einen, daß die gleichen Waren, sollten sie einen unterschiedlichen Verwendungszweck haben, durchaus verschiedenen Märkten zugeordnet werden können, sowie zum anderen, daß unterschiedliche Waren, sollten sie hinsichtlich ihres Verwendungszwecks austauschbar sein, dem gleichen Markt zugeordnet werden können.⁵⁴² Es ist aber auch möglich, daß Waren mit dem selben Verwendungszweck verschiedenen Märkten zuzuordnen sind, wenn die Waren unterschiedliche Eigenschaften aufweisen, die für die jeweiligen Abnehmer von Wichtigkeit sind oder aber wenn für die betreffenden Abnehmer hochpreisigen und niedrigpreisige Artikel nicht austauschbar sind, wie es regelmäßig bei Luxusartikeln der Fall ist.⁵⁴³

⁵³⁸ EuGH Rs. 86/82 *Hasselblad (G.B.) Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1984, 883, Rdnr. 21

⁵³⁹ Schröter/Jakob/Mederer/Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 131; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 129

⁵⁴⁰ Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes vom 9.12.1999, ABL. 1997, C 327/5, Rdnr. 15 ff.; 2000/12/EWG Entscheidung der Kommission *Fußball WM 1998*, ABL. 2000, L 5/55, 64 f., Rdnr. 66 ff.

⁵⁴¹ im Rahmen von Artikel 82 EGV: 76/353/EWG Europäische Kommission *Chiquita*, ABL. 1976 L 95/1, 11 ff.; EuGH Rs. 27/76 *United Brands Company und United Brands Continentaal BV gegen Europäische Kommission (Chiquita Bananen)*, EuGHE 1978, 207, 282, Rdnr. 26 f.

⁵⁴² im Rahmen von Artikel 82 EGV: EuGH Rs. 19 und 24/74 *Kali & Salz AG und Kali-Chemie AG gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1975, 499, 519 f., Rdnr. 6; EuGH Rs. 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, EuGHE 1979, 1139, Rdnr. 28

⁵⁴³ 69/242/EWG Entscheidung der Kommission *Jaz Peter*, ABL. 1969, L 195/5, 6; 72/128/EWG Entscheidung der Kommission *Wild - Leitz*, ABL. 1972, L 61/27, 28; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 130;

Hinsichtlich seiner räumlichen Ausdehnung wird der relevante Markt definiert durch das Hauptabsatzgebiet der von einem Kartell oder sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme betroffenen Waren oder Dienstleistungen.⁵⁴⁴ Ausgangspunkt ist auch hier die betreffende Vereinbarung zwischen den Parteien, denn es obliegt grundsätzlich den Parteien, zu bestimmen, wo sich eine vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung auswirken soll.⁵⁴⁵ Sollte der räumlich relevante Markt anhand der Vereinbarung der Parteien nicht bestimmbar sein, so definiert die Europäische Kommission den räumlich relevanten Markt als das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die fraglichen Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet, wobei von besonderer Gewichtung die Ausweichaktionen der Abnehmer auf etwaige Preisänderungen sind.⁵⁴⁶ Als weitere Faktoren kommen in Betracht: der Standort der Unternehmen, die Eigenschaften der Produkte, wie Haltbarkeit oder Transportfähigkeit der fraglichen Produkte sowie die Möglichkeit der Abnehmer, entfernte Produktmärkte überhaupt erreichen zu können.⁵⁴⁷

Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. A 224 ff.

⁵⁴⁴ Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. A 230

⁵⁴⁵ EuGH Rs. 5/69 *Völk gegen Etablissements Vervaecke, Sprl.*, EuGHE 1969, 295, 301 f.; EuGH Rs. 1/71 *Societe Anonyme Cadillon gegen Höss Maschinenbau KG*, EuGHE 1971, 351, 376; EuG Rs. T-34/92 *Fiatagri UK Ltd. und New Holland Ford Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1994, II-905, 936, Rdnr. 56; 75/74/EWG Entscheidung der Kommission *Duro-Dyne/Europair*, ABL. 1975, L 29/11, 13; 75/94/EWG Entscheidung der Kommission *Goodyear italiana - Euram*, ABL. 1975, L 38/10, 11; 80/1333/EWG Entscheidung der Kommission *Hennessy gegen Henkell*, ABL. 1980, L 383/11, 14 f.

⁵⁴⁶ Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringerer Bedeutung, ABL. 1997, C 372/13, Rdnr. 15; Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABL. 1997, C 327/5, Rdnr. 8; EuG Rs. T-193/96 *Lars Bo Rasmussen gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1998, II-1453, 1495, Rdnr. 143 = EuZW 1998, 299, 308; Schröter/Jakob/Mederer/Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 136

⁵⁴⁷ Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABL. 1997, C 327/5, Rdnr. 28, 44 ff.; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. A 230 ff.; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schröter, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 85 Absatz 1, Rdnr. 109

Sobald der relevante Produktmarkt und der relevante räumliche Markt definiert sind, werden diejenigen Elemente eines Vertriebssystems oder der jeweiligen Praktiken, auf denen ein Vertriebssystem aufbaut, hinsichtlich eines Verstoßes gegen Artikel 81 EG-Vertrag untersucht, die eine Begrenzung der Verkäufe des betreffenden Produktes bezwecken oder eine Aufspaltung der einzelnen Gebiete innerhalb des Binnenmarktes zum Ziel haben.⁵⁴⁸

3.6 Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsvereinbarungen und territoriale Markenrechtsausübung

Die Hersteller und Markenrechtsinhaber vertreiben regelmäßig ihre Waren über Vertriebssysteme. Hierbei erlegen sie den beteiligten Händlern vertragliche Bindungen auf, mit denen der gebundene Teil sich zur Einhaltung eines bestimmten Absatzweges für die Ware, die aufgrund des Vertrages geliefert wird, verpflichtet. Typisch für Vertriebsbindungen ist die Verpflichtung, an einen bestimmten Kundenkreis zu liefern, beispielsweise an den Fachhandel oder Zwischenhändler, oder das Verbot, außerhalb eines bestimmten Vertragsgebietes Kunden zu beliefern. Der Hersteller entscheidet hier nach bestimmten Auswahlkriterien, so daß man von selektivem Vertrieb spricht. Die verschiedenen Arten selektiver Vertriebssysteme werden unten näher dargestellt. Zur Kollision derartiger Vertriebsverhältnisse mit dem nationalen Markenrecht kommt es dann, wenn die Hersteller versuchen, ihren Vertriebssystemen mit Hilfe der gezielten Ausübung der einzelnen Markenrechte zur praktischen Wirksamkeit zu verhelfen. Wie oben ausführlich dargestellt wurde, besagt das Territorialitätsprinzip, daß die national verliehenen Markenrechte auch nur innerhalb der jeweiligen nationalen Grenzen wirken. Anders

⁵⁴⁸ Kaum praktische Bedeutung hat die Abgrenzung des zeitlichen Marktes; siehe hierzu Schröter/Jakob/Mederer/Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 137

ausgedrückt, läßt sich mit Hilfe der Ausübung eines nationalen Markenrechts der Warenstrom zwischen den einzelnen Märkten gezielt steuern. Hierdurch kann der Vertrieb einer markenrechtlich geschützten Ware in dem einen Markt unterbunden werden, während er in einem anderen Markt zugelassen wird. Hierdurch lassen sich verschiedene Preisniveaus zwischen den Märkten aufrecht erhalten. Diese gezielte Markenrechtsausübung in den jeweils territorial abgegrenzten Märkten geschieht durch Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen dem Herstellern und den Vertriebspartnern sowie zwischen den Vertriebshändlern untereinander. Eine Marktabstottung durch gezielte Markenrechtsausübung versucht das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot aber gerade zu verhindern. Es entsteht damit ein Spannungsverhältnis zwischen Artikel 81 EG-Vertrag und den aufgrund des Territorialitätsprinzips nur national wirkenden Markenrechten. Nachfolgend wird zunächst der Sinn und Zweck einer vertikalen Marktaufteilung dargestellt. Im Anschluß daran wird am Beispiel des selektiven Vertriebs das Spannungsverhältnis zwischen Kartellverbot und gezielter Markenrechtsausübung erörtert. Insbesondere bei selektiven Vertriebssystemen zeigt sich das wettbewerbsgefährdende Potential der territorial wirkenden Markenrechte und der aus ihrer gezielten Ausübung resultierenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen.

3.6.1 Vertikale Marktaufteilung

Der Vertriebssektor hat innerhalb des Europäischen Binnenmarktes eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Die Bekämpfung vertikaler Vertriebsvereinbarungen bildet seit Beginn der Europäischen Wettbewerbspolitik einen Schwerpunkt der Tätigkeit der Europäischen Kommission.⁵⁴⁹ Die besondere Problematik vertikaler Vereinbarungen,

⁵⁴⁹ Grdlg. EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten SA und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 257

insbesondere im Vertriebssektor, besteht darin, daß diese hinsichtlich ihrer Ausgestaltung sowohl zur Erschließung neuer Märkte, zur Belebung des Wettbewerbs und somit zur Marktintegration führen können, als auch zur Verfestigung bestehender Marktabstottungen, zur Verhinderung des Markteintritts von Wettbewerbern und zur Beschränkung des Parallelhandels verwendet werden können.⁵⁵⁰ Aufgrund dieser kartellrechtlichen Ambivalenz von vertikalen Vertriebsvereinbarungen ist die wettbewerbspolitische Beurteilung der Vertriebssysteme umstritten. Ursprünglich sind Wettbewerbsbeschränkungen in Vertriebssystemen überwiegend kritisch beurteilt worden. Im Lauf der Zeit hat sich jedoch durch den zunehmenden Einfluß der „Chicago-Schule“ eine positive Beurteilung derartiger Vereinbarungen durchgesetzt, denn man hat sich von vertikalen Vereinbarungen insgesamt einen Wohlfahrtsgewinn versprochen.⁵⁵¹ Die „Chicago-Schule“ geht davon aus, daß Lizenzverträge regelmäßig vertikaler Natur sind, so daß der Markenrechtsinhaber, bei einem unterstellten und ausreichenden Intrabrand-Wettbewerb, ohnehin nicht mehr Wettbewerbsbeschränkungen durchzusetzen vermag als es der Wert des Schutzgegenstandes und damit sein berechtigtes Interesse an der Gewinnmaximierung erlaubt, daß er dann aber eben wegen des Interbrand-Wettbewerbs auch das Lizenznehmerverhalten und vor allem nicht schutzgegenständliche Erzeugnisse in seine Verwertungs politik mit einbinden darf.⁵⁵² Heute herrschend ist eine differenzierende Betrachtungsweise, die im Grundsatz zwar an der positiven Beurteilung vieler Vertriebsvereinbarungen festhält, auf der anderen Seite aber anerkennt, daß vertikale Vereinbarungen viele Beschränkungen des Wettbewerbs nach sich ziehen können.⁵⁵³ Besonderes Augenmerk ist

⁵⁵⁰ Grabitz/Hilf/Stockenhuber, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 81 EGV, Rdnr. 129

⁵⁵¹ Calliess/Ruffert/Weiß, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 81 EG-Vertrag, Rdnr. 191 f.; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 259; Grabitz/Hilf/Stockenhuber, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Stand 08/2002, Art. 81 EGV, Rdnr. 131; Immenga/Mestmäcker/Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, GRUR, B I, Rdnr. 19 ff.

⁵⁵² Immenga/Mestmäcker/Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, GRUR, B I, Rdnr. 20

⁵⁵³ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 259

hierbei auf die von marktbeherrschenden Unternehmen durchgesetzten Ausschließlichkeitsbindungen zu richten, die bei der Bindung von einer erheblichen Zahl von Unternehmen auf der Marktgegenseite zur Verstopfung der Absatzwege oder der Versorgungskanäle der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens führen können.⁵⁵⁴ Nicht zu vergessen ist die häufig auftretende, erhebliche Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der gebundenen Vertragsteile.

Es war und ist letztlich der leitende Gedanke der Gemeinschaftsorgane zu prüfen, ob die jeweils in Frage stehende Vertikalvereinbarung einen positiven oder negativen Beitrag zu der Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes leistet.⁵⁵⁵ Die ökonomische Bandbreite des Wirtschaftsverkehrs bietet dem Rechtsinhaber vielfältige Ausgestaltungsformen des Warenvertriebs.⁵⁵⁶ Die Extrempositionen sind auf der einen Seite die Massenherstellung von Gütern, zu beobachten beispielsweise bei pharmazeutischen Produkten, und die künstliche Verknappung des Angebots, wie sie regelmäßig bei Luxuswaren auftritt. Bei der Massenherstellung geht die Menge der verkauften Waren zu Lasten der Seltenheit des jeweiligen Produktes und es erhöht sich bei relativ konstanter Nachfrage das Angebot der Ware am Markt. Allerdings sinkt der Stückpreis des Produktes, weshalb der Hersteller kalkuliert, daß durch die zunehmende Menge an verkauften Gütern die abnehmende Gewinnmarge mehr als nur kompensiert wird.⁵⁵⁷ Die gegenläufige Tendenz hin zu einer Verknappung des Warenangebots ist insbesondere im Bereich der Luxusartikel zu beobachten. Häufig findet sich der größte Teil des Wertes eines Luxusartikels nicht in dem jeweiligen Produkt selbst, also in der objektiv zu beurteilenden Qualität, sondern in der subjektiven

⁵⁵⁴ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 259

⁵⁵⁵ Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. B 153 ff.

⁵⁵⁶ siehe Posner, Economic Analysis of Law, 4. Aufl., 38-45, 665-671

⁵⁵⁷ siehe Hancher, The European Pharmaceutical Market; problems of partial harmonisation, ELR 1990, 9; Boorer, Edmonds, Glynn, Ogialoro, Economic Aspects of the Single European Market in Pharmaceuticals, ECLR 1999, 256; Geddes, Free Movement of Pharmaceuticals within the Community: The Remaining Barriers, ELR 1991, 295

Assoziation, also in der Art und Weise, wie das Luxusgut in der Öffentlichkeit wahrgenommen wird, indem es Exklusivität symbolisiert und Begierde weckt. Eben dieser „Reiz“ von Luxusartikeln soll durch die künstliche Verknappung der Angebotsmenge beibehalten oder am besten weiter erhöht werden.⁵⁵⁸ Die Begierde nach einem Luxusartikel nimmt um so mehr ab, je größer das Warenangebot ist, denn die öffentliche Wahrnehmung der Exklusivität ist untrennbar verbunden mit der Möglichkeit, das bestimmte Produkt auch zu bekommen. Der Begriff „bekommen“ ist hierbei nicht im Zusammenhang mit der Menge der angebotenen Waren zu sehen, sondern mit dem Preis derartiger Produkte, denn es ist der zum Kauf eines Luxusartikels nötige finanzielle Aufwand, der in den Augen der Öffentlichkeit Exklusivität ausstrahlt und Begierde weckt. Der Luxusartikel verliert weiter an „Reiz“, wenn dieser bei bestimmten Wiederverkäufern erhältlich wird, die nicht die vom Hersteller gewünschte Exklusivität ausstrahlen und sich auch nicht unter dessen Kontrolle befinden. Hierbei handelt es sich insbesondere um Parallelhändler und den von ihnen belieferten, nicht vom Hersteller autorisierten, Vertriebshändlern. Wird ein Luxusartikel von Parallelhändlern weitervertrieben, eröffnet dies solchen Wiederverkäufern, die nicht in das Vertriebssystem des Herstellers eingegliedert sind, also nicht unter dessen Kontrolle stehen, die Möglichkeit, Luxuswaren entgegen dem Willen des Herstellers an bzw. über Discountläden und große Handelsketten zu veräußern. Hierdurch erhöht sich das Angebot an diesen Luxuswaren auf dem Markt, was sich aus Herstellersicht negativ auf den Preis auswirkt. Aufgrund der sinkenden Exklusivität verschwindet der „Reiz“ des Luxusartikels, denn dieser ist kein Symbol mehr für Reichtum und sozialen Status. Der ökonomische Hintergrund dieser Verknappung ist das Erwirtschaften des größtmöglichen Gewinns und es tritt hierbei das Erreichen des größtmöglichen Absatzvolumens zurück. Erreichen können die Rechteinhaber dies nur durch Kontrolle sowohl der Herstellung als auch des Vertriebs dieser Produkte. Vertriebsbindungen

⁵⁵⁸ von diesem „Reiz“ spricht auch Laddie J in seinem Urteil *Zino Davidoff, SA gegen A & G Imports, Ltd.*, All E.R. 1999, 711 ff.

sind Teil eines Marketingpakets für Markenprodukte und stehen in einem engen Zusammenhang mit den Produkteigenschaften der vertriebsgebundenen Waren, der Produktwerbung und der Public Relations des vertriebsbindenden Unternehmens sowie zum Markenimage und dem Goodwill des Unternehmens.⁵⁵⁹ Vertriebsbindungen stellen einen essentiellen Bestandteil der internationalen Vermarktungsstrategien von markierten Produkten in einer weltweiten Wettbewerbswirtschaft dar.⁵⁶⁰ Die ökonomische Zielsetzung von Vertriebsbindungen geht als Form der vertikalen Kooperation dahin, daß die tatsächlichen Verhältnisse im Umfeld des Angebots der vertriebsgebundenen Ware auf dem Markt optimiert werden.⁵⁶¹ Von besonderer Wichtigkeit in diesem Zusammenhang ist, daß die Hersteller die Anzahl und individuelle Ausgestaltung der Verkaufslöke kontrollieren, um die der Öffentlichkeit suggerierte Exklusivität und Knappheit des Produktes zu bewahren. Diese Kontrolle erhalten die Rechteinhaber insbesondere durch den Aufbau eines selektiven Vertriebssystems. Diesem selektiven Vertriebssystem versuchen die Rechteinhaber dann durch die territorial gezielte Ausübung nationaler Markenrechte zur Wirksamkeit zu verhelfen. Durch die territoriale Markenrechtsausübung versuchen die Rechteinhaber eine möglichst weitgehende Vertriebskontrolle und damit eine Preiskontrolle zu erhalten. Der Versuch, über gezielte Markenrechtsausübung einzelne territoriale Märkte zu kontrollieren, erzeugt ein Spannungsverhältnis zu dem gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot. Es ist dann zu untersuchen, ob es durch den Versuch, dem selektiven Vertriebssystem durch gezielte Markenrechtsausübung zur Wirksamkeit zu verhelfen und damit Marktabschottungen und Preisdifferenzierungen zu erreichen, eine Beschränkung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs darstellt. Zum Verständnis dieses Zusammenspiels ist es notwendig, zunächst den

⁵⁵⁹ Fezer, Vertriebsbindungssysteme als Unternehmensleistung–Zum Wettbewerbsschutz des selektiven Vertriebs im Grauen Markt, GRUR 1990, 551, 552

⁵⁶⁰ Fezer, Vertriebsbindungssysteme als Unternehmensleistung–Zum Wettbewerbsschutz des selektiven Vertriebs im Grauen Markt, GRUR 1990, 551, 552

⁵⁶¹ Fezer, Vertriebsbindungssysteme als Unternehmensleistung–Zum Wettbewerbsschutz des selektiven Vertriebs im Grauen Markt, GRUR 1990, 551, 552

selektiven Vertrieb zu definieren und den dahinterstehenden Sinn und Zweck zu beleuchten.

3.6.2 Selektive Vertriebssysteme

Unter einem selektiven Vertriebssystem versteht man eine Absatzorganisation, die dadurch gekennzeichnet ist, daß der Rechteinhaber sich zum Vertrieb seiner markenrechtlich geschützten Produkte in einem bestimmten Gebiet auf einzelne, nach bestimmten Kriterien ausgesuchte, Abnehmer beschränkt, denen regelmäßig ein Alleinvertriebsrecht in dem betreffenden Gebiet eingeräumt wird. Entscheidendes Auswahlkriterium ist, ob der in Frage kommende Händler den Hersteller von Markenwaren dabei unterstützen kann, das Ziel des höchsten Stückpreises bei gleichzeitig begrenztem Angebot zu erreichen.

Der qualitative selektive Vertrieb in Form der qualifizierten Fachhandelsbindung liegt vor, wenn ein Markenrechtsinhaber seinen Vertriebshändlern zusätzliche wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen auferlegt, die selbst bei der gebotenen Berücksichtigung der besonderen Eigenschaften des Produktes zur Wahrung dessen Qualität und zur Gewährleistung eines richtigen Gebrauchs nicht mehr unbedingt erforderlich erscheinen.⁵⁶² Es fallen hierunter insbesondere spezielle Absatzförderpflichten der Vertriebshändler, wie beispielsweise eine Mindestabnahmepflicht, eine Lagerhaltungspflicht, die Mitwirkung bei der Werbung oder die Verpflichtung zur Führung eines bestimmten Warensortiments.⁵⁶³ In die Kategorie der zusätzlichen wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen fallen auch die Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen, das Verbot von Import und Export innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, das Verbot von Quer-

⁵⁶² Grdlg. EuGH Rs. 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG und Verband des SB-Großhandels e.V. gegen Europäische Kommission (SABA I)*, EuGHE 1977, 1875, 1913 f.

⁵⁶³ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 279

und Sprunglieferungen sowie Wettbewerbsverbote.⁵⁶⁴ Nichts anderes gilt, wenn die Rechteinhaber auf die Preispolitik der Vertriebshändler Einfluss nehmen wollen⁵⁶⁵ oder wenn das selektive Vertriebssystem dazu verwendet wird, den Handel mit parallelimportierten Waren abzuwehren, um einen absoluten Gebietsschutz zu erreichen.⁵⁶⁶

Vor allem quantitative selektive Vertriebssysteme stellen eine wesentliche Beschränkung des Preiswettbewerbs dar, denn es werden nicht alle Händler, die den vom Hersteller vorgegebenen qualitativen Standard an sich erfüllen, auch tatsächlich zu dem jeweiligen Vertriebssystem zugelassen.⁵⁶⁷ Der Hersteller trifft vielmehr eine weitere Auswahl zwischen den einzelnen, die qualitativen Standards an sich erfüllenden Händlern dergestalt, daß der Absatz der Waren auf einige wenige Händler beschränkt werden soll. In diesem Fall spricht man von einem quantitativen selektiven Vertriebssystem. Grund hierfür ist, daß durch eine noch weitere Verknappung des Angebots der „Reiz“ der Produkte noch weiter erhöht wird. Quantitative Vertriebssysteme stellen einen Verstoß gegen das Kartellverbot des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag dar.⁵⁶⁸ Dies

⁵⁶⁴ 92/33/EWG Entscheidung der Kommission *Yves Saint Laurent Parfums*, ABL. 1992, L 12/24, 18; 92/428/EWG Entscheidung der Kommission *Selektives Vertriebssystem von Parfum Givenchy*, ABL. 1992 L 236/11, 15 ff.; 94/29/EWG Entscheidung der Kommission *Grundig-EG-Vertriebsbindung*, ABL. 1994, L 20/15, 19ff.

⁵⁶⁵ EuGH Rs. 99/79 *Lancome SA und Cosparfrance Nederland BV gegen Etos BV und Albert Heijn Supermart BV*, EuGHE 1980, 2511, 2536 ff. = NJW 1989, 1151; EuGH Rs. 31/80 *L'Oreal NV und L'Oreal SA gegen PVBA De Nieuwe AMCK*, EuGHE 1980, 3775, 3790 ff.; EuGH Rs. 126/80 *Maria Salonia gegen Giorgio Poidani und Franca Baglieri (née Giglio)*, EuGHE 1981, 1563, 1580; EuGH Rs. 210/81 *Oswald Schmidt Demo-Studio gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1983, 3045, 3064 ff.; EuGH Rs. 86/82 *Hasselblad (G.B.) Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1984, 883, 904 ff.; 83/610/EWG Entscheidung der Kommission *Murat*, ABL. 1983, L 348/20; 83/672/EWG Entscheidung der Kommission *SABA-EG-Vertriebssystem*, ABL. 1983, L 376/41; 84/233/EWG Entscheidung der Kommission *IBM/PC*, ABL. 1984, L 118/24; 85/44/EWG Entscheidung der Kommission *Grohe Vertriebssystem*, ABL. 1985, L 19/17; 85/404/EWG Entscheidung der Kommission *Grundig EG Vertriebsbindung*, ABL. 1985, L 331/1; 85/616/EWG Entscheidung der Kommission *Villeroy & Boch*, ABL. 1985, L 376/15

⁵⁶⁶ EuGH Rs. 226/84 *British Leyland plc gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1986, 3263, 3301 f.

⁵⁶⁷ Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. B 181

⁵⁶⁸ EuG Rs. T-19/91R *Société d'Hgiène Dermatologique de Vichy gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1992, II-417, 438 ff.; Kommission, Leitlinien, ABL. 1999, C 270/12, 39 ff.; 76/159/EWG Entscheidung der Kommission *SABA*, ABL. 1976 L 28/19;

trifft nach herrschender Meinung jedoch nur zu, wenn die jeweiligen Selektionskriterien Gegenstand oder Zweck einer Verhaltensabstimmung zwischen mehreren Herstellern oder zwischen einem Hersteller und seinen zugelassenen Abnehmern sind.⁵⁶⁹ Es verbleibt trotz des Verstoßes gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag die Möglichkeit der Einzelfreistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, wenn etwa aufgrund der Komplexität der verwendeten Technik des betreffenden Produkts in Verbindung mit der Notwendigkeit eines in besonderem Maße qualifizierten Kundendienstes und des Schutzes des Konsumenten vor Gesundheitsgefahren eine enge Kooperation zwischen dem Hersteller und dem Händler notwendig ist, die nur durch ein restriktives selektives Vertriebssystem sichergestellt werden kann.⁵⁷⁰

Regelmäßig unterliegen die autorisierten Vertriebshändler der Verpflichtung, bestimmte Vertriebswege einzuhalten und Lieferungen an solche Händler zu unterlassen, die vom Rechteinhaber nicht für den Vertrieb der markierten Waren autorisiert sind.⁵⁷¹ Die autorisierten Händler erwarten und verlangen von den Rechteinhabern entweder durch formelle Vereinbarungen oder durch informelle Abreden, daß diese zum einen das Image und die Reputation der Marke durch geeignete Werbemaßnahmen unterstützen und zum anderen die Anzahl derjenigen Händler, die jeweils zum Handel mit den betreffenden Waren autorisiert sind, durch die Durchsetzung der den Rechtsinhabern zustehenden Markenrechte zu begrenzen. Die autorisierten Vertriebshändler erhalten durch diese Maßnahmen die Kontrolle über ein mengenmäßig begrenztes Angebot an Waren, das im Zusammenspiel mit einer steigenden Nachfrage den Pro-Stück-Preis der markierten Produkte nach oben treibt.

82/267/EWG Entscheidung der Kommission *AEG-Telefunken*, ABL. 1982, L 117/15, 23 ff.; 82/367/EWG Entscheidung der Kommission *Hasselblad*, ABL. 1982, L 161/18, 29 ff.

⁵⁶⁹ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 280; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. B 220

⁵⁷⁰ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 280; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. B 220

⁵⁷¹ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 273

Daher versuchen die Markenrechtsinhaber zu erreichen, daß ihre hochpreisigen Waren nur in Verkaufsstätten offeriert werden, die dem Standard entsprechen, den die Markeninhaber zur Beibehaltung des Wertes ihrer Marke als unerläßlich erachten. Die Folge ist, daß sich die Markeninhaber in dem betroffenen Markt auf ihre territorialen markenrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte berufen und von dem Parallelhändler zumindest Unterlassung des nicht autorisierten Vertriebs der Markenware verlangen. Durch die gezielte Durchsetzung der Markenrechte seitens der Hersteller erhalten diese die Kontrolle über die Verkaufspreise und können einzelne nationale Märkte voneinander abschotten. Dies steht grundsätzlich im Widerspruch zu dem gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot, das derartige Absprachen und Verhaltensweisen aufgrund ihrer wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zu unterbinden versucht.

Die derzeitige europäische Wettbewerbspolitik steht dem selektiven Vertrieb ausgesprochen positiv gegenüber, denn man verspricht sich auf Gemeinschaftsebene von derartigen Vertriebssystemen einen substantiellen Beitrag zu der gegenseitigen Durchdringung der einzelnen nationalen Märkte im Gemeinsamen Markt.⁵⁷² Die Frage, ob ein selektives Vertriebssystem den europäischen Wettbewerb störend beeinflusst, läßt sich nur anhand des jeweiligen Einzelfalls beantworten, wobei die Grenzen zwischen den unterschiedlichen Erscheinungsformen selektiver Vertriebssysteme fließend sind.⁵⁷³ Der Mechanismus, der verwendet wird,

⁵⁷² EuGH Rs. 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG und Verband des SB-Großhandels e.V. gegen Europäische Kommission (SABA I)*, EuGHE 1977, 1875, 1905 f., Rdnr. 20 f.; so auch Erwägungsgrund Nr. 4 zu der Verordnung Nr. 1475/95 vom 28.6.1995, ABL 1995, Nr. L 145/25

⁵⁷³ Es sind offene Systeme, einfache und qualifizierte Fachhandelsbindung, quantitativer selektiver Vertrieb zu unterscheiden. Die Beantwortung der Frage, ob ein selektives Vertriebssystem zulässig ist, erfährt durch die Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/1999 vom 22. Dezember 1999 für vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen (ABL. 1999 L 336/21 ff.), eine wesentliche Erleichterung, denn es finden sich spezielle Vorschriften für selektive Vertriebssysteme in Artikel 1 lit. d, Artikel 4 lit. b bis d sowie Artikel 5 lit. c. Vgl. m. w. N. Harte-Bavendamm/Kreutzmann, Neue Entwicklungen in der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme, WRP 20003, 682

um den Vereinbarungen praktische Wirksamkeit zu verleihen und die selektiven Vertriebssysteme vor ungewolltem Wettbewerb abzuschirmen, ist die territorial gezielte Ausübung nationaler Markenrechte. Eben aus diesem Grund definiert sich die einem selektiven Vertriebssystem zugrunde liegende Territorialität häufig entlang nationaler Grenzen.

3.6.3 Selektiver Vertrieb und territoriale Markenrechtsausübung

Bei einer territorialen Markenrechtsausübung zur Verhinderung des Parallelhandels und der Aufrechterhaltung des selektiven Vertriebssystems ist die Lehre von der Rechterschöpfung zu beachten. Jedes Inverkehrbringen der Ware durch den Rechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung erschöpft das Recht zur weiteren Kontrolle der Vermarktung des markierten Produkts und somit auch zur Verhinderung des Parallelhandels. Jegliche Vereinbarung oder informelle Verständigung dergestalt, daß nicht an Parallelhändler verkauft werden darf, stellt eine Verletzung von Artikel 81 EG-Vertrag dar.⁵⁷⁴ Regelmäßig fällt ein selektives Vertriebssystem aus dem Befreiungstatbestand des Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag⁵⁷⁵ heraus, wenn mit Hilfe des Vertriebssystems versucht wird, Warenlieferungen an andere Händler innerhalb des Binnenmarktes zu beschränken.⁵⁷⁶ Diese Erwägungen sind nicht beschränkt auf fertige Erzeugnisse, sondern finden auch Anwendung auf

⁵⁷⁴ EuGH Rs. 86/82 *Hasselblad (G.B.) Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1984, 883, Rdnr. 27-29; EuG Rs. T-19/91 *Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1992, II-415

⁵⁷⁵ Die Beantwortung der Frage, ob ein selektives Vertriebssystem zulässig ist, erfährt durch die Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/1999 vom 22.12.1999 für vertikale Vereinbarungen, eine wesentliche Erleichterung, denn es finden sich spezielle Vorschriften für selektive Vertriebssysteme in Artikel 1 lit. d, Artikel 4 lit. b bis d sowie Artikel 5 lit. c.; siehe hierzu Dausers/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 281 ff.

⁵⁷⁶ EuGH Rs. 86/82 *Hasselblad (G.B.) Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1984, 883, Rdnr. 30, 35

den selektiven Vertrieb von Zwischenprodukten oder Zwischenmitteln, dessen Ziel oder Zweck eine Beschränkung des Wettbewerbs ist.⁵⁷⁷

Es zeigt sich, daß die Frage der Vertriebskontrolle untrennbar verbunden ist mit der Reichweite der Rechterschöpfung. Nur wenn die dem Produkt innewohnenden Markenrechte noch nicht erschöpft sind, läßt sich wirksam der Vertrieb dieser Ware kontrollieren. Dies erklärt, warum die Rechteinhaber stetig bestrebt sind, die Reichweite der Erschöpfungswirkung, also den Gebietsumfang in dem sich bei einem autorisierten Erstverkauf die Markenrechte erschöpfen, möglichst begrenzt gehalten werden soll. Die Rechteinhaber versuchen, die einzelnen Märkte entlang der nationalen Grenzen aufzuteilen, was dem Gedanken des europäischen Binnenmarkts zuwiderläuft. Um trotzdem den Eintritt der Rechterschöpfung bestmöglich unter Kontrolle zu haben, bedienen sich der Hersteller von Luxusartikeln regelmäßig ausgefeilter Vertriebssysteme, denen sie mit der gezielten Ausübung nationaler Markenrechte zu praktischer Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit verhelfen. Wie oben ausführlich dargelegt wurde, hängt der Eintritt der Erschöpfungswirkung maßgeblich von Art und Weise sowie Umfang der erteilten Erstverkaufszustimmung ab. Um eben diese, den Rechtsinhabern unerwünschte Folge des erstmaligen Inverkehrbringens besser kontrollieren zu können, sind die Rechteinhaber dazu übergegangen, immer restriktivere Vereinbarungen auszuarbeiten. Insbesondere zeigt sich dies im Zusammenspiel von selektivem Vertrieb und der Ausübung nationaler Markenrechte zur Verhinderung des Parallelhandels, wodurch ein Spannungsverhältnis entsteht zwischen den aus dem Territorialitätsprinzip folgenden, nationalen Ausschließlichkeitsrechten und dem gemeinschaftsweiten Kartellverbot. Die jeweiligen Vertragsbestimmungen, die einem selektiven Vertriebssystem zugrunde liegen, sind hierbei ein wichtiger Bestandteil bei der Beantwortung der

⁵⁷⁷ EuGH Rs. 123/83 *Bureau National Interprofessionel du Cognac gegen Guy Clair*, EuGHE 1985, 391; 82/860/EWG Entscheidung der Kommission *Cafeteros de Colombia*, ABL. 1982, L 360/31

Frage nach einer Verletzung von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag. Die einzelnen Klauseln der Vereinbarung sind jedoch nicht die einzigen Faktoren, die bei der Prüfung einer Verletzung von Artikel 81 EG-Vertrag von der Europäischen Kommission oder dem Gerichtshof in Erwägung gezogen werden.⁵⁷⁸ Die Besonderheiten in der Handhabung eines selektiven Vertriebssystems, dessen beliebige Ausgestaltung im Ermessen des Herstellers liegt und später unilateral angewandt wird, beispielsweise der Ausschluß einzelner Händler, die an sich zur Bewahrung des Produktimages in der Öffentlichkeit geeignet sind, kann eine auf Tatsachen beruhende Grundlage einer Verletzung des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen.⁵⁷⁹ Die verschiedenen qualitativen und quantitativen Selektionskriterien bei der Ausgestaltung eines selektiven Vertriebssystems wurden oben ausführlich dargestellt.

Kommt es zum Rechtsstreit zwischen dem Markenrechtsinhaber und dem nicht autorisierten Händler, trägt der ausgeschlossene Händler regelmäßig vor, daß das selektive Vertriebs- und Verkaufssystem des Markenrechtsinhabers eine Verletzung des Kartellverbots nach Artikel 81 EG-Vertrag darstellt. Es führt diese Verteidigungsstrategie mit der, im Englischen „Euro-defence“ genannten, Argumentation jedoch nicht notwendigerweise zum Erfolg. Dies liegt daran, daß vom Grundsatz her selektive Vertriebssysteme mit dem Kartellverbot des Artikel 81 EG-Vertrag zu vereinbaren sind, wie oben näher ausgeführt wurde.⁵⁸⁰ Insbesondere liegt kein kartellrechtlicher Verstoß vor, wenn das selektive Vertriebssystem zu dem Zweck errichtet wurde, die Nachfrage nach den markierten Produkten durch den Schutz und Ausbau des Markenimages zu erhöhen und die Aufrechterhaltung des selektiven Vertriebs zur

⁵⁷⁸ EuGH Rs. 25-26/84 *Ford Werke AG und Ford Europa gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1985, 2725, Rdnr. 31; EuG Rs. T-77/92 *Parker Pen Ltd. gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1994, II-549; 85/79/EWG Entscheidung der Kommission *John Deere*, ABL. 1985, L 35/58

⁵⁷⁹ EuG Rs. T-19, 88/92 *Groupeement d'Achat Édouard gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1996, II-1961; EuGH Rs. 25-26/84 *Ford Werke AG und Ford Europa gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1985, 2725, Rdnr. 46

⁵⁸⁰ vgl. hierzu ausführlich die obigen Ausführungen; EuG Rs. T-19/91R *Société d'Hgiène Dermatologique de Vichy gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1992, II-415

Durchdringung der einzelnen Märkte im Binnenmarkt dienlich erscheint.⁵⁸¹ Eine selektive Vertriebsvereinbarung ist unzulässig, wenn die territoriale Komponente der Vereinbarung eine Aufteilung des Europäischen Binnenmarktes bewirkt oder bezweckt.⁵⁸² Eine Vertriebsvereinbarung, die den Binnenmarkt in einzelne, exklusiv zugewiesene Vertriebsgebiete aufteilt, kann aber dann zulässig sein, wenn sich die territoriale Exklusivität auf den Erstverkauf der Waren beschränkt und die Waren nach dem willentlichen Erstverkauf entsprechend der Lehre von der Erschöpfung frei und ungehindert in der Europäischen Gemeinschaft zirkulieren und auch weitervertrieben werden können.⁵⁸³ Eine gleichzeitige territoriale Aufspaltung durch Abtretung der Rechte an der selben Marke an verschiedene Unternehmen entlang nationaler Grenzen kann einen Verstoß gegen Artikel 81 EG-Vertrag darstellen, wenn die Rechte an der Marke sich ursprünglich in der Inhaberschaft eines einzelnen Unternehmens befunden haben.⁵⁸⁴ Der Europäische Gerichtshof hat in dem *Sirena*-Urteil entschieden, daß die Ausübung der nationalen Markenrechte zur Abwehr des Handels mit Waren, die aus anderen Mitgliedstaaten stammen, eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs darstellt, wenn dies auf eine territorial begrenzte Markenrechtsaufspaltung zurückzuführen ist.⁵⁸⁵

⁵⁸¹ EuG Rs. T-19, 88/92 *Groupment d'Achat Édouard gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1996, II-1961; EuGH Rs. 31/80 *L'Oréal NV und L'Oréal SA gegen PVBA De Nieuwe AMCK*, EuGHE 1980, 3775

⁵⁸² EuGH Rs. 40/70 *Sirena, S.R.L. gegen EDA, S.R.L. und andere*, EuGHE 1971, 69 = GRUR Int. 1979, 279

⁵⁸³ EuGH Rs. 40/70 *Sirena, S.R.L. gegen EDA, S.R.L. und andere*, EuGHE 1971, 69 = GRUR Int. 1979, 279

⁵⁸⁴ EuGH Rs. 40/70 *Sirena, S.R.L. gegen EDA, S.R.L. und andere*, EuGHE 1971, 69, Rdnr. 9–11, = GRUR Int. 1979, 279, Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 430; vgl. m. w. N. Loewenheim, Marktaufteilungen durch Warenzeichen und Artikel 85, 86 EWG-Vertrag – Überlegungen zum *Sirena*-Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int. 1971, 260

⁵⁸⁵ EuGH Rs. 40/70 *Sirena, S.R.L. gegen EDA, S.R.L. und andere*, EuGHE 1971, 69, Rdnr. 9–11, = GRUR Int. 1979, 279

3.6.4 Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, daß es kartellrechtlich zulässig ist, innerhalb der Europäischen Gemeinschaft ein selektives Vertriebssystem zu betreiben und diesem mit Hilfe der Ausübung nationaler Markenrechte zur Wirksamkeit zu verhelfen und dabei Zweck dieser Vertriebsvereinbarungen ist, die Nachfrage nach dem markierten Produkt durch Schutz und Aufrechterhaltung des Markenimages zu erhöhen und dieses selektive Vertriebs- und Verkaufssystem einheitlich und diskriminierungsfrei innerhalb der Europäischen Gemeinschaft angewendet wird. Die Anwendung nationaler Markenrechte auf diese Grundsätze ist dann nur sekundär, denn grundsätzlich ist die Markenrechtsausübung kartellrechtlich unbedenklich zulässig. Die territorial gezielte Markenrechtsausübung kann aber dann von dem Kartellverbot erfaßt werden, wenn die Rechtsausübung der Durchsetzung und Absicherung einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung dient. Die Geltendmachung ist dann eine mißbräuchliche Ausübung der Markenrechte. Wenn die restriktive Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise gegen das Kartellrecht verstößt, dann verstößt auch der Gebrauch nationaler Markenrechte, der sich in einer Wettbewerbsbeschränkung auswirkt, gegen Artikel 81 EG-Vertrag. Die Ausübung der nationalen Markenrechte muß im Zusammenhang mit dem Erschöpfungsprinzip und dessen Reichweite gesehen werden. Reichweite der Rechtser schöpfung ist nach herrschender Ansicht die Europäische Gemeinschaft.⁵⁸⁶ Markenrechtlich geschützte Waren, die mit der Zustimmung des Rechtsinhabers in einem Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht wurden, können frei und ungehindert in allen Mitgliedstaaten zirkulieren und weitervertrieben werden.⁵⁸⁷ Die Ausübung nationaler Markenrechte darf nicht zu einer Störung des innergemeinschaftlichen

⁵⁸⁶ vgl. zu den unterschiedlichen Standpunkten etwa: Beier, *Industrial Property and the Free Movement of Goods in the European Market*, IIC 1990, 131; Jones, *Does an Opportunity Still Exist for the Development of a Doctrine of International Exhaustion at a Community Level under Articles 28 and 30*, EIPR 2000, 171

⁵⁸⁷ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

Wettbewerbs führen, die dem Markenrechtsinhaber Gewinnsteigerungen bringen soll.⁵⁸⁸ Nationale Markenrechte dürfen nicht dazu gebraucht werden, um den freien Verkehr der markierten Waren entlang nationaler Grenzen zu verhindern oder einen nationalen Markt von Warenimporten abzuschirmen, sobald der Rechtsinhaber oder sein Lizenznehmer die importierten Waren in dem Gemeinsamen Markt in den Verkehr gebracht haben.⁵⁸⁹

3.7 Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsvereinbarungen und territoriale Markenrechtsausübung zur Abwehr von außereuropäischen Parallelimporten

Es stellt sich die Frage, ob die gefundenen Ergebnisse auch dann gelten, wenn die Markenrechtsinhaber versuchen, den Parallelhandel mit Waren aus außereuropäischen Drittstaaten zu verhindern. Nach der *EMI/CBS*-Doktrin sind Kartellvereinbarungen, die dazu führen, daß der Gemeinsame Markt als Ganzes von den Märkten außereuropäischer Drittstaaten isoliert wird, grundsätzlich geeignet, die Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu verändern und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, sofern Waren von dem Gemeinsamen Markt ferngehalten werden, die durch geeignete Wiederverkäufer in mehreren Mitgliedstaaten vertrieben werden könnten.⁵⁹⁰ Zunächst ist hierzu die Frage nach der extraterritorialen Anwendbarkeit des Artikel 81 EG-Vertrag zu beantworten.

⁵⁸⁸ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten, SA und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 322 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

⁵⁸⁹ Vgl. etwa EuGH Rs. 19/84 *Pharmon, BV gegen Hoechst AG*, EuGHE 1985, 2281; EuGH Rs. 144/81 *Keurkoop BV gegen Nancy Keen Gifts BV*, EuGHE 1982, 2853; Beier, Industrial Property and the Free Movement of Goods in the European Market, IIC 1990, 131; Jones, Does an Opportunity Still Exist for the Development of a Doctrine of International Exhaustion at a Community Level under Articles 28 and 30, EIPR 2000, 171

⁵⁹⁰ EuGH verb. Rs. 51/75, 86/75, 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS*, EuGHE 1976, 811, 850; 871, 908 f.; 913, 951; Schröter/Jakob/Mederer/Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 203

3.7.1 Extraterritoriale Anwendung des Artikel 81 EG-Vertrag

Umstritten ist, welche Voraussetzungen für die extraterritoriale Anwendung des Artikel 81 EG-Vertrag erfüllt sein müssen, insbesondere wenn ausschließlich Unternehmen beteiligt sind, die ihren Sitz außerhalb der Europäischen Gemeinschaft haben, die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme jedoch Wirkung auf dem Gebiet der Europäischen Gemeinschaft entfaltet. Es werden hierzu unterschiedliche Theorien vertreten. Die Europäische Kommission und das Gericht erster Instanz folgen dem Auswirkungsprinzip,⁵⁹¹ wohingegen der Europäische Gerichtshof das Territorialitätsprinzip vertritt, wonach der Ort der Durchführung des kartellrechtswidrigen Verhaltens entscheidend ist.⁵⁹²

Für die Anknüpfungspraxis der Europäischen Kommission an das Auswirkungsprinzip spricht der weite und unbeschränkte Wortlaut des Artikel 81 EG-Vertrag, der nur auf die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und die Beschränkung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs abstellt, ohne den Handlungsort näher zu spezifizieren.⁵⁹³ Maßgeblich ist das Bezwecken oder Bewirken. Entsprechend der Ansicht der Europäischen Kommission fallen in den außereuropäischen Anwendungsbereich des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag nicht nur außerhalb der Europäischen Gemeinschaft getroffene

⁵⁹¹ 85/206/EWG Entscheidung der Kommission *Aluminiumzufuhren aus Osteuropa*, ABL. 1985, L 92/1 Rdnr. 9.2; Entscheidung der Kommission *Zellstoff*, ABL. 1985, L 85/1, Rdnr. 79; die Auswirkungslehre findet auch im U.S.-amerikanischen Kartellrecht Anwendung, vgl. Karl, Auf dem Weg zu einer globalen Kartellrechtordnung, RIW 1996, 636

⁵⁹² Knebel, Die Extraterritorialität des Europäischen Kartellrechts, EuZW 1991, 265; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I §1, Rdnr. 29; Immenga/Mestmäcker/Rehbinder, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Einleitung, Rdnr. 50 ff.; Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Vorbemerkung zu den Artikeln 81 bis 85, Rdnr. 62 ff.

⁵⁹³ Calliess/Ruffert/Weiß, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 81 EG-Vertrag, Rdnr. 11; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I §1, Rdnr. 28; Immenga/Mestmäcker/Rehbinder, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Einleitung, Rdnr. 61 ff.; Schröter/Jakob/Mederer/, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Vorbemerkung zu den Artikeln 81 bis 85, Rdnr. 62 ff.; a.A. Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Bd. 1, 4. Aufl., Einleitung, Rdnr. 39

Vereinbarungen, sondern auch sonstige Handlungen, die außerhalb des Europäischen Binnenmarktes begangen wurden.⁵⁹⁴ Dieser weite Umfang erscheint sinnvoll unter dem Gesichtspunkt, daß Wettbewerbsbeschränkungen auch durch sonstige Verhaltenskoordinierungen durchgeführt werden können. Diese wettbewerbsbeschränkenden Handlungen können vermutet werden, etwa aus dem Verhalten von Wettbewerbern oder sonstigen Dritten. Es verstoßen somit Abmachungen, egal ob formell oder informell, ausdrücklich oder stillschweigend, denen außerhalb des Gemeinsamen Marktes zur Wirksamkeit verholfen wird, gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag, wenn der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes störend beeinflusst wird.⁵⁹⁵ Es wird das Abstellen auf das Territorialitätsprinzip des Europäischen Gerichtshofs kaum zu anderen Ergebnissen führen, denn es erscheint schwer vorstellbar, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen mit Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt an den Tag zu legen, ohne im Gemeinsamen Markt tätig zu werden.⁵⁹⁶

3.7.2 Territoriale Markenrechtsausübung und Kartellverbot

Regelmäßig versuchen die Hersteller und Markenrechtsinhaber mit Sitz in der Europäischen Gemeinschaft durch den restriktiven Abschluß von Vertriebsvereinbarungen und die territorial gezielte Markenrechtsausübung den Parallelhandel mit Waren aus außereuropäischen Drittstaaten zu unterbinden. Selbst wenn unterstellt wird, daß es Hauptzweck derartigen Verhaltens ist, den Absatz in dem jeweiligen Drittstaat zu fördern, so darf andererseits die Beschränkung des

⁵⁹⁴ 74/634/EWG Entscheidung der Kommission *Franco-Japanese Ball Bearings Agreements*, ABL. 1974, L 343/19 Rdnr. 15-16, 25

⁵⁹⁵ EuGH Rs. 71/74 *Nederlandse Vereniging voor fruit en Groentenimporthandel und Nederlandse Bond van Grossiers in Zuidvruchten en Ander Geïmporteerde Fruit "Frombo" gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1975, 563

⁵⁹⁶ Calliess/Ruffert/Weiß, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV-, 2. Aufl., Art. 81 EG-Vertrag, Rdnr. 12

Parallelhandels, die das Preisniveau innerhalb der Europäischen Gemeinschaft gefährden könnte, nicht außer acht gelassen werden. Die Abschottung des Gemeinsamen Marktes vor außereuropäischem Parallelhandel und die damit einhergehende Verhinderung des sonst möglichen zusätzlichen Preiswettbewerbs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft ist nicht länger Nebenfolge der Durchdringung neuer, außereuropäischer Märkte, sondern sie bildet einen zentralen Bestandteil der multinationalen Vertriebskonzepte der Markenrechtsinhaber.⁵⁹⁷

Es stellt sich bei den Beschränkungen des Parallelhandels aus Drittstaaten die Frage des Verhältnisses zu der gemeinschaftsweiten Erschöpfung. Exportiert der Rechtsinhaber eine markierte Ware selbst oder mit seiner Zustimmung aus dem Territorium der Europäischen Gemeinschaft in einen Drittstaat und wird die markierte Ware nicht wie vereinbart in dem Drittstaat vertrieben, sondern wird parallel zu dem innergemeinschaftlichen Vertriebssystem des Markenrechtsinhabers in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft vertrieben, dann sind die Rechte an der markierten Ware grundsätzlich noch nicht erschöpft, da die Ware nicht mit Zustimmung des Markenrechtsinhabers in dem Gebiet der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden ist.⁵⁹⁸ Dies gilt selbst dann, wenn der Markenrechtsinhaber die Einfuhr einer Ware zu verhindern sucht, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem Drittstaat auf den Markt gebracht wurde.⁵⁹⁹ Die aus der territorialen Erschöpfungswirkung folgende Beeinträchtigung des grauen Marktes ist im Interesse der Markenschutzes hinzunehmen.⁶⁰⁰ Die Verhinderung der Wareneinfuhr aus einem Drittstaat stellt die Einheit des

⁵⁹⁷ Schröter/Jakob/Mederer/, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 141

⁵⁹⁸ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 7e; von Schultz, Kommentar zum Markenrecht, § 24, Rdnr. 17, 18; Sack, Die Erschöpfung von Gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach europäischem Recht, GRUR 1999, 193 ff., 214 f. m. w. Nachw.; vgl. hierzu auch OLG Frankfurt *Reimport aus Rußland*, GRUR Int. 1998, 313

⁵⁹⁹ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 98

⁶⁰⁰ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 7e

Gemeinsamen Marktes und das System unverfälschten innergemeinschaftlichen Wettbewerbs grundsätzlich nicht in Frage.⁶⁰¹

Wird durch die territorial gezielte Ausübung der nicht erschöpften Markenrechte der Parallelhandel aus Drittstaaten verhindert, dann stellte sich die Frage nach einem möglichen Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag. Aufgrund des Territorialitätsprinzips der nationalen Markenrechte ermöglichen diese eine Marktabstottung, was ein Spannungsverhältnis zu Artikel 81 EG-Vertrag erzeugt, der Marktsegmentierungen gerade zu verhindern versucht. Eine derartige Konstellation lag der *Silhouette*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zugrunde, jedoch hat sich der Gerichtshof mit der kartellrechtlichen Frage nicht befaßt. Verkürzt dargestellt liegt der *Silhouette*-Entscheidung die folgende Sachverhaltsgestaltung zugrunde: Silhouette vertreibt seine hochpreisigen Brillengestelle unter anderem in Österreich über ein selektives Vertriebssystem. Der Beklagte Hartlauer vertreibt Brillen in Österreich über ein eigenes Filialnetz zu für die Konsumenten attraktiven Niedrigpreisen. In der Vergangenheit wurde Hartlauer von Silhouette nicht mit Brillen beliefert, denn Silhouette ist der Ansicht, daß sich der Vertrieb von Silhouette-Brillen in den Filialen von Hartlauer negativ auf das Image und die Reputation der Marke Silhouette auswirkt. Silhouette hatte überschüssige Brillengestelle der vergangenen Saison auf Lager und gab diese an seinen Händler zum Vertrieb der Brillen in Osteuropa. Wesentliche Grundlage dieser Vereinbarung war die Auferlegung von zwei Anweisungen durch Silhouette im Rahmen der Weiterveräußerung an seinen Händler:⁶⁰² Erstens müssen die Brillen in Osteuropa verkauft werden und zweitens dürfen die Brillen nicht in andere Länder exportiert, also auch nicht in die Europäische Gemeinschaft rückveräußert und somit nicht parallel zu dem selektiven Vertriebssystem

⁶⁰¹ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913, 949; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 98

⁶⁰² Diese Angabe stammt von Dr. Müller, der für die Beklagte Hartlauer Handelsgesellschaft mbH aufgetreten ist, vgl. Hays, Hansen, *Silhouette is Not the Proper Case Upon which to decide the Parallel Importation Question*, EIPR 1998, 277, 278

von Silhouette vertrieben werden.⁶⁰³ Hartlauer hat die Brillen von einem Parallelhändler erworben und in Österreich über sein Filialnetz vertrieben.⁶⁰⁴ Es stellt sich somit die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Vereinbarungen mit dem Inhalt, daß ein Vertragshändler die markierte Vertragsware zum einen vertragsgemäß in einem Drittstaat in den Verkehr zu bringen hat und zum anderen dem Vertragshändler der Parallelimport der markierten Produkte in den Gemeinsamen Markt untersagt ist. Das Verbot des Parallelhandels mit Waren aus Drittstaaten bezweckt eine Störung des Wettbewerbs maßgeblich dann, wenn es darauf abzielt, die wirtschaftliche Entschließungs- und Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen einzuschränken und dadurch die Marktverhältnisse zu verändern.⁶⁰⁵ Dies wird in der *Javico*-Entscheidung⁶⁰⁶ des Europäischen Gerichtshofs näher konkretisiert.

3.7.2.1 *Javico*-Entscheidung des EuGH

Die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs läßt die Tendenz zur Aufweichung dieses Prinzips erkennen.⁶⁰⁷ Wesentlich für den Vertriebssektor ist die *Javico*-Entscheidung⁶⁰⁸ des Gerichtshofs zu der Ausführungsverpflichtung in ein Drittland sowie dem Verbot, diese Waren wieder zurück in die Europäische Gemeinschaft zu importieren.⁶⁰⁹

⁶⁰³ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799, Rdnr. 8

⁶⁰⁴ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799, Rdnr. 9

⁶⁰⁵ Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 140

⁶⁰⁶ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983

⁶⁰⁷ Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn es sich um ein Exportverbot für Abnehmer in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft handelt. Derartige Abreden stehen im direkten Widerspruch zum Ziel und Zweck der Marktintegration innerhalb der Europäischen Union und unterfallen dem per-se-Verbot des Art. 81 EG-Vertrag. Die Art der Abreden spielt hierbei keine Rolle; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 166

⁶⁰⁸ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983

⁶⁰⁹ Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 140

Derartige Klauseln finden sich regelmäßig in Vertriebsvereinbarungen für Drittstaaten. Es ist in diesen Fällen nach den Wirkungen des Exportverbotes für Abnehmer in Drittstaaten zu differenzieren.⁶¹⁰ Der Europäische Gerichtshof unterscheidet zwischen den an sich wettbewerbsbeschränkenden, aber vernünftigen und demgemäß positiv zu bewertenden, subjektiven Zwecken der Beteiligten und etwaigen wettbewerbsbeschränkenden Nebenwirkungen der Vereinbarungen.⁶¹¹ Auch wenn marktaufteilende Vertriebsklauseln ihrem Wesen nach keine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag bezwecken, hat das nationale Gericht dennoch zu prüfen, ob von derartigen Klauseln nicht solche Wirkungen ausgehen. Bei der Beurteilung der Wirkungen derartiger Vereinbarungen ist der ihnen zugrunde liegende wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang zu berücksichtigen.⁶¹² Dies gilt insbesondere auch für den Umstand, daß innerhalb der Europäischen Gemeinschaft ein selektives Vertriebssystem aufrecht erhalten wird, für das ein Freistellungsentscheidung vorliegt.⁶¹³ Es besteht weder ein freies Vertriebsrecht des für Drittstaaten autorisierten Vertriebshändlers in der Europäischen Gemeinschaft, noch besteht ein allgemeines Recht, Waren aus Drittstaaten parallel zu den autorisierten Vertriebskanälen der Hersteller in die Europäische Gemeinschaft zu importieren.⁶¹⁴ Der Europäische Gerichtshof anerkennt hierbei das berechnigte Interesse eines vertriebsbindenden Herstellers, die Durchdringung eines außerhalb der Europäischen Gemeinschaft gelegenen Marktes durch den Absatz einer ausreichenden Menge von

⁶¹⁰ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent*, EuGHE 1998, I-1983; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 166, 137

⁶¹¹ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 137; Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 140 ff.

⁶¹² EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983

⁶¹³ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983

⁶¹⁴ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 104a

Vertragserzeugnissen zu sichern.⁶¹⁵ Dies ist nichts anderes als die Anerkennung eines Investitionsschutzes durch Vertriebssysteme innerhalb der Europäischen Gemeinschaft.⁶¹⁶ Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs vertriebsbindende Vereinbarungen nur dann Schranken unterworfen, wenn der relevante Markt in der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die betreffenden Erzeugnisse durch eine oligopolistische Struktur gekennzeichnet ist, ein spürbarer Unterschied zwischen den innerhalb und außerhalb des Gemeinsamen Marktes praktizierten Preisen der Vertragserzeugnisse besteht und der innergemeinschaftliche Handel deshalb spürbar beeinträchtigt ist, weil die zur Ausfuhr auf Märkte außerhalb des Gemeinsamen Marktes bestimmten Erzeugnisse nicht nur einen unbedenklichen Prozentsatz des Gesamtmarktes dieser Erzeugnisse im Gemeinsamen Markt ausmachen.⁶¹⁷ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bestehen generelle Bedenken nur gegenüber solchen Klauseln, die den Vertrieb innerhalb der Europäischen Gemeinschaft regeln. Betrifft das Verbot des Parallelhandels mit Markenwaren neben dem Gebiet der Europäischen Gemeinschaft auch weitere Drittstaaten, so bezwecken die Parallelhandelsverbote, dem Hersteller die Durchdringung des außereuropäischen Marktes zu ermöglichen.⁶¹⁸ Fraglich ist, wie eine Klausel zu beurteilen wäre, die sich rein auf den Parallelimport in die Europäische Gemeinschaft beschränkt, also andere Drittstaaten ausgeklammert läßt. Das Argument der Durchdringung des außereuropäischen Marktes wird dann jedoch nicht mehr durchgreifen, wenn sich die Klausel rein auf das Parallelimportverbot in die Europäische Gemeinschaft beschränkt, sonstige Drittstaaten aber gerade nicht von dem Verbot mitumfaßt werden. Es kommt somit für die kartellrechtliche

⁶¹⁵ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983

⁶¹⁶ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 24, Rdnr. 104a

⁶¹⁷ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983, Rdnr. 22-24

⁶¹⁸ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983; Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 435

Zulässigkeit auf die territoriale Reichweite der jeweiligen Parallelhandelsbeschränkung an.

3.7.2.2 Kritik an der *Javico*-Entscheidung des EuGH

Die Neuorientierung der kartellrechtlichen Betrachtungsweise von Rückfuhrbeschränkungen durch die *Javico*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist nicht kritiklos zu übernehmen. In Fortführung dieser Rechtsprechung werden Auswirkungen auf den Wettbewerb im außereuropäischen Verhältnis seitens der europäischen Wettbewerbshüter nicht mehr gleich wie für den Europäischen Binnenmarkt beurteilt.⁶¹⁹ Aus wirtschaftlicher Sicht zielen das *Javico*-Urteil⁶²⁰ ebenso wie die *Silhouette*-Entscheidung⁶²¹ auf eine generelle Abschottung der Europäischen Gemeinschaft vor Parallelimporten ab.⁶²² Dies ist ökonomisch angesichts der Zielsetzung und europäischen Idee der Binnenmarktverwirklichung nachvollziehbar, läßt sich jedoch angesichts der im Rahmen der Uruguay-Runde entstandenen neuen Welthandelsordnung nur schwerlich begründen.⁶²³ Ohne Zweifel steht die europäische Abschottungstendenz der Idee eines weltweiten Freihandels entgegen, denn diese erwartet von der erleichterten Faktorallokation und dem verschärften Preiswettbewerb selbst bei einer einseitigen Liberalisierung den Eintritt von Wohlstandseffekten.⁶²⁴ Diese Wohlstandseffekte dürften angesichts der aufgezeigten Abschottungstendenz der Europäischen Gemeinschaft und dem

⁶¹⁹ Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 435

⁶²⁰ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent*, EuGHE 1998, I-1983

⁶²¹ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799

⁶²² Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 435; Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – *Silhouette* einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 760

⁶²³ Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – *Silhouette* einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 760

⁶²⁴ Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – *Silhouette* einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 760 m. w. N.

wirtschaftlichem Gewicht des Gemeinsamen Marktes im globalen Kontext erheblich in Frage gestellt sein, was grundsätzliche Beachtung verdient, denn der Preiswettbewerb hat die Kommission und den Gerichtshof bei der kartellrechtlichen Beurteilung des Parallelhandels stark beeinflusst, da bereits die Absicht des Ausschlusses von Preiswettbewerb seitens der Hersteller die Handlungs- und Entschließungsfreiheit von Händlern und Konsumenten beeinträchtigt.⁶²⁵

Des weiteren ist kritisch anzumerken, daß mit der Neuorientierung der Rechtsprechung der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungs- oder Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen aufgegeben wird.⁶²⁶ Die über lange Zeit hinweg entwickelten, praktikablen Maßstäbe zur Unterscheidung von Bezwecken und Bewirken werden durch allgemeine Erwägungen wirtschaftlicher Vernunft ersetzt, was Rechtsunsicherheit schafft und zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führt.⁶²⁷ Die Gefahr willkürlicher Entscheidungen nimmt mit der Differenzierung zwischen dem wettbewerbskonformen Hauptzweck einerseits die wirtschaftliche Freiheit der Vertragspartner einschränkende und die Marktverhältnisse ändernde Vereinbarung und ihrem möglichen wettbewerbsfeindlichen Nebenzweck zu.⁶²⁸ Die nunmehr gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise führt zu einer, dem Tatbestand des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag an sich fremden Abwägung der Vor- und Nachteile aus wirtschaftlicher Sicht.⁶²⁹ Es stellt sich nun die Frage, wie sich das Ergebnis der *Javico*-Entscheidung, daß Vereinbarungen, die den Parallelhandel mit Waren aus außereuropäischen Drittstaaten zu verhindern versuchen, gegen Artikel 81 EG-Vertrag verstoßen können, zu der nach der *Silhouette*-Entscheidung

⁶²⁵ Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 436; Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – *Silhouette* einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 760

⁶²⁶ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 138

⁶²⁷ Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 142

⁶²⁸ Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Artikel 81 Absatz 1, Rdnr. 142

⁶²⁹ Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H.I § 1, Rdnr. 138

gegebenen Möglichkeit verhält, außereuropäische Paralleleinfuhren durch die gezielte territoriale Markenrechtsausübung abwehren zu können.

3.7.2.3 Verhältnis zu der *Silhouette*-Entscheidung des EuGH

Entsprechend der *Silhouette*-Entscheidung⁶³⁰ des Europäischen Gerichtshofs beschränkt sich die territoriale Reichweite der Rechterschöpfung auf das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft.⁶³¹ Dies hat zur Folge, daß der Parallelhandel mit Waren aus Drittstaaten in die Europäische Gemeinschaft durch die gezielte Ausübung der noch nicht erschöpften Markenrechte verhindert werden können. Entsprechend der *Javico*-Entscheidung⁶³² können Vereinbarungen, die darauf abzielen, den Parallelhandel mit Waren aus Drittstaaten zu verhindern, gegen das Verbot des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag verstoßen. Das *Javico*-Urteil scheint im Widerspruch zu der markenrechtlichen Rechtslage zu stehen. Es stellt sich daher die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Markenrechtsausübung zur Abwehr von Importen aus Drittstaaten zu einem Zeitpunkt, in dem die den parallelimportierten Waren innewohnenden Markenrechte entsprechend der Lehre von der Rechterschöpfung noch bestehen. Diese Konstellation hat der Europäische Gerichtshof bis heute nicht entschieden.

Hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Markenrechtsausübung zur Abwehr des Parallelhandels aus Drittstaaten finden sich Hinweise in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs *EMI Records, Ltd.*

⁶³⁰ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

⁶³¹ bzw. der Europäische Wirtschaftsraum gemäß dem *Maglite*-Urteil des EFTA-Gerichtshofs in Rs. E-2/97 *Mag Instruments, Inc. gegen California Trading Co., Norwegen, Ulsteen*, Gutachten vom 3. Dezember 1997, GRUR Int. 1998, 309 mit Anm. Joller; kritisch: Beier, Industrial Property and the Free Movement of Goods in the European Market, IIC 1990, 131; Jones, Does an Opportunity Still Exist for the Development of a Doctrine of International Exhaustion at a Community Level under Articles 28 and 30, EIPR 2000, 171

⁶³² EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983

gegen *CBS Schallplatten GmbH*.⁶³³ Die Ausübung eines nationalen Markenrechts ist als solche im Grundsatz kartellrechtlich neutral und wettbewerbskonform, jedoch kann ein Verstoß gegen die Kartellrechtsregel des Artikel 81 EG-Vertrag nach der Abgrenzungsformel des Europäischen Gerichtshofs dann vorliegen, wenn die Ausübung des Markenrechts Gegenstand, Mittel oder Folge einer von dem EG-Vertrag verbotenen Kartellabsprache ist.⁶³⁴ Die Geltendmachung ist dann ein Mißbrauch des Markenrechts.⁶³⁵ Gerade die Ausübung eines Markenrechts zur Durchsetzung einer ansonsten wirksamen Vereinbarung kann nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine Verletzung von Artikel 81 EG-Vertrag darstellen.⁶³⁶ Ein Kartell von Unternehmen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und Wettbewerbern in Drittländern, das zu einer Isolierung des Gemeinsamen Marktes insgesamt führt und so innerhalb der Europäischen Gemeinschaft das Angebot von markierten Erzeugnissen mit Ursprung in Drittländern vermindert, kann geeignet sein, den Wettbewerb innerhalb der Europäischen Gemeinschaft störend zu beeinflussen.⁶³⁷ Entsprechend der *Javico*-Entscheidung können Vereinbarungen mit in einem Drittstaat ansässigen Parteien bezüglich der Beschränkung des Parallelhandels mit

⁶³³ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913

⁶³⁴ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913, Rdnr. 24; EuGH Rs. 40/70 *Sirena, S.R.L. gegen EDA, S.R.L. und andere*, EuGHE 1971, 69 = GRUR Int. 1979, 279; EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450; EuGH Rs. 119/75 *Terrapin (Overseas) Ltd. gegen Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.*, EuGHE 1976, 1039 = GRUR Int. 1976, 402; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Sucker/Guttuso, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 85 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 11; Immenga/Mestmäcker/Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, GRUR, B I, Rdnr. 12

⁶³⁵ Calliess/Ruffert/Weiß, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 81 EG-Vertrag, Rdnr. 221 ff., insbesondere 224

⁶³⁶ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835; EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH*, EuGHE 1994, I-2789, 2855, Rdnr. 59 = GRUR Int. 1994, 614; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Sucker/Guttuso, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 85 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 12; Dausen/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, Rdnr. 253; Celli, Internationales Kennzeichenrecht, S. 413

⁶³⁷ EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH*, EuGHE 1976, 913, Rdnr. 25

der Europäischen Gemeinschaft gegen das Verbot des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag verstoßen.⁶³⁸ Aus markenrechtlicher Sicht ist entsprechend der *Silhouette*-Entscheidung⁶³⁹ die Ausübung von Markenrechten zur Abwehr des Parallelhandels mit Waren aus Drittstaaten zulässig, denn die Reichweite der Rechtsherschöpfung ist auf das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft beschränkt. Diese, entsprechend der Lehre von der Rechtsherschöpfung mögliche, Markenrechtsausübung unterliegt dann aber der Schranke des Kartellverbots gemäß Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag.

Diese Konfliktsituation macht das Spannungsverhältnis zwischen der kartellrechtlichen Regelung des Artikel 81 EG-Vertrag und den nationalen Markenrechten deutlich. Das Kartellrecht verbietet Maßnahmen zur Verhinderung des Warenimports in die Europäische Gemeinschaft, wenn diese Importe notwendig sind zur Aufrechterhaltung und Förderung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs. Hierunter fällt insbesondere der Parallelhandel. Die Lehre von der Rechtsherschöpfung betrachtet diese Problematik aus markenrechtlicher Sichtweise, was im Zusammenhang mit den oben im Rahmen der Warenverkehrsgrundsätze beschriebenen Theorien zum spezifischen Gegenstand und der wesentlichen Funktion zu sehen ist. Im Rahmen von *Silhouette*⁶⁴⁰ hätte in Bezug auf Artikel 7 Absatz 1 Markenrechts-Richtlinie die Vorlagefrage formuliert werden sollen, ob die Regelung zur Rechtsherschöpfung dergestalt auszulegen ist, daß der Inhaber eines nationalen Markenrechts sein Recht dahingehend ausüben kann, daß er einem Dritten untersagen kann, die Marke für solche Waren zu verwenden, die in den Gemeinsamen Markt aus einem Drittstaat

⁶³⁸ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983; vgl. auch: EuGH Rs. 28/77 *Tepea, BV gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1978, 1391, Rdnr. 41; EuGH verb. Rs. 100-103/80 *Musique Diffusion Française SA gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1983, 1825, Rdnr. 74-75; Kallay, Levi Strauss v. Tesco: At a Difficult Juncture of Competition, IP and Free Trade Policies, ECLR, 2002, 193, 196 f.

⁶³⁹ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

⁶⁴⁰ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

parallel zu den autorisierten Vertriebskanälen der Hersteller importiert wurden, wenn ein derartiges Verbot die Auswirkung hat, daß der innergemeinschaftliche Wettbewerb gestört wird und ob eine derartige Rechtsausübung gegen das Kartellverbot des Artikel 81 EG-Vertrag verstößt.⁶⁴¹ Diese Fragestellung macht die Verflechtung von Markenrecht und Kartellrecht deutlich. Entsprechend der *Silhouette*-Entscheidung⁶⁴² ist die Ausübung des Markenrechts grundsätzlich möglich. Die territoriale Reichweite der Erschöpfung ist auf das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft beschränkt. Der Europäische Gerichtshof beantwortet in der *Silhouette*-Entscheidung jedoch nicht die Frage, ob die gezielte territoriale Ausübung der nationalen Markenrechte zur Abwehr des Parallelimports markierter Waren aus Drittstaaten in die Europäische Gemeinschaft gegen Artikel 81 EG-Vertrag verstößt. Seit der Entscheidung *Consten und Grundig*⁶⁴³ ist anerkannt, daß der Bestand des nationalen Markenrechts von den kartellrechtlichen Regelungen des EG-Vertrages unangetastet bleibt. Die Ausübung eines nationalen Markenrechts an sich stellt kein kartellrechtswidriges Verhalten dar, jedoch darf dieser Gebrauch des nationalen Markenrechts nicht zu einer Störung des innereuropäischen Wettbewerbs führen, wie etwa einer Aufspaltung des Europäischen Binnenmarkts, die dem Markenrechtsinhaber zur Preiskontrolle und zu Gewinnsteigerungen verhelfen soll.⁶⁴⁴ Die Ausübung des nationalen Markenrechts muß im Zusammenhang mit dem Erschöpfungsprinzip und dessen Reichweite gesehen werden. Dies hat zur Folge, daß ein markenrechtlich geschütztes Produkt ohne jegliche Beschränkungen in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft frei verkäuflich ist, sobald es durch den Markenrechtsinhaber selbst oder mit seiner

⁶⁴¹ so auch: Hays/Hansen, *Silhouette is Not the Proper Case Upon which to decide the Parallel Importation Question*, EIPR, 1998, 277, 286

⁶⁴² EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette Internationale Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

⁶⁴³ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

⁶⁴⁴ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835; EuGH Rs. 35/83 *B.A.T. Cigaretten-Fabriken GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1985, 363

Zustimmung in einem Mitgliedstaat auf den Markt gebracht worden ist.⁶⁴⁵
Das jeweilige nationale Markenrecht kann nicht mehr dahingehend ausgeübt werden, daß der freie Warenverkehr über nationale, innergemeinschaftliche Grenzen hinweg unterbunden werden kann.⁶⁴⁶
Ebenso ist es für den Rechtsinhaber nicht möglich, sein nationales Markenrecht dergestalt auszuüben, daß ein nationaler innereuropäischer Markt von dem Import seiner Ware aus einem anderen Mitgliedstaat abgeschirmt wird, wenn der Rechteinhaber selbst oder einer seiner Lizenznehmer die Ware in der Europäischen Gemeinschaft auf den Markt gebracht haben.⁶⁴⁷

Im Umkehrschluß bedeutet dies, daß es zulässig ist, Vereinbarungen mit Parteien in Drittstaaten abzuschließen, in denen sich die außerhalb der Europäischen Gemeinschaft ansässige Partei verpflichtet, die maßgeblichen markierten Produkte auch nur außerhalb der Europäischen Gemeinschaft auf den Markt zu bringen. Wird die Exportvereinbarung mit einem Verbot des Parallelimports verbunden, kommen die oben ausgeführten Grundsätze der *Javico*-Entscheidung⁶⁴⁸ zur Anwendung. Auch wenn sich derartige beschränkende Vereinbarungen störend auf den innergemeinschaftlichen Wettbewerb auswirken und eine Aufteilung des Gemeinsamen Marktes bewirken, bestehen gemäß der *Silhouette*-Entscheidung⁶⁴⁹ die nationalen Markenrechte im Falle des Parallelimports von markierten Waren aus einem Drittstaat in die Europäische Gemeinschaft weiter und können aus markenrechtlicher Sichtweise zur Abwehr der Parallelimporte ausgeübt werden. Eine derartige Ausübung der Markenrechte ist unter Anwendung der Grundsätze aus der

⁶⁴⁵ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429 = JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

⁶⁴⁶ vgl. beispielsweise EuGH Rs. 19/84 *Pharmon, BV gegen Hoechst AG*, EuGHE 1985, 2281

⁶⁴⁷ EuGH Rs. 144/81 *Keurkoop, BV gegen Nacy Keen Gifts, BV*, EuGHE 1982, 2853

⁶⁴⁸ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA*, EuGHE 1998, I-1983

⁶⁴⁹ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

Entscheidung *Consten und Grundig*⁶⁵⁰ jedoch dann als Verstoß gegen das Kartellverbot des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag zu werten, wenn hierdurch der ungehinderte Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes beschränkt wird. Es stellt das Kartellverbot insoweit eine Schranke der nationalen Markenrechtsausübung dar.

3.7.3 Zwischenergebnis

Es verstößt gegen das Kartellverbot, wenn nationale Markenrechte im Zusammenspiel mit einem selektiven Vertriebssystem zu dem Zweck ausgeübt werden, den Parallelhandel mit markierter Originalware, die zum ersten Mal außerhalb der Europäischen Gemeinschaft in den Verkehr gebracht wurde, in dem Bestreben zu verhindern, einen höheren Preis innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu erzielen, wenn hierbei ein spürbarer Preisunterschied zwischen dem Preis der markierten Ware innerhalb und außerhalb der Europäischen Gemeinschaft besteht und der Wettbewerb in der Europäischen Gemeinschaft störend beeinflusst wird. Es macht keinen Unterschied, ob eine oder alle Parteien einer solchen Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise in dem Drittstaat ansässig sind. Wenn das wirtschaftliche Verhalten geeignet ist, die Entwicklung des Wettbewerbs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft negativ zu beeinflussen, dann verstößt der Versuch der Verhinderung des Parallelhandels mit aus Drittstaaten stammenden markierten Waren gegen Artikel 81 EG-Vertrag. Dies gilt auch dann, wenn die Markenrechte an den betreffenden Waren noch nicht erschöpft sind, sofern eine Abschottung der Europäischen Gemeinschaft von dem Parallelhandel mit aus Drittstaaten stammenden markierten Originalwaren bewirkt wird. Die Ausübung eines nationalen Markenrechts zur Abwehr des Parallelhandels, die aufgrund des Territorialitätsprinzips zu einer Abschottung des Gemeinsamen Marktes von außereuropäischen Niedrigpreismärkten führt,

⁶⁵⁰ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429= JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

ist ein an sich zulässiger Bestandteil der dem Rechtsinhaber durch das Markenrecht verliehenen Monopolstellung, die aber im Zusammenspiel mit einem innergemeinschaftlichen selektiven Vertriebssystem kartellrechtlich unzulässig werden kann. Insoweit stellt das Kartellverbot des Artikel 81 EG-Vertrag eine Schranke der ansonsten kartellrechtlich zulässigen Markenrechtsausübung dar.

4 Ergebnis und Ausblick

Die Beantwortung der Frage nach einer Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheit des Warenverkehrs und der Wettbewerbsregel des Kartellverbots zu dem Territorialitätsprinzip der nationalen markenrechtlichen Regelungen im Kontext des weltweiten Parallelhandels ist äußerst komplex. Das Auftreten von Parallelhandel ist ein typisches Phänomen einer zunehmend industrialisierten, liberalisierten und globalisierten Wirtschaft, wobei die Frage nach der Zulässigkeit des Parallelhandels eng mit den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen verknüpft ist.⁶⁵¹ Die verstärkte Globalisierung, die Entwicklungen des europäischen Rechts, die Tendenzen hin zum Protektionismus sowie die handelspolitische Brisanz der Markenrechte zeigen die Aktualität der hier behandelten Problematik. Der Streit über die Zulässigkeit des Parallelhandels und dessen Auswirkungen schwelt immer noch, wie etwa das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen zur Erschöpfung der Rechte aus Marken⁶⁵² oder das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen mit dem Titel „Möglicher Mißbrauch von Rechten aus Marken in der EU in Zusammenhang mit der gemeinschaftsweiten Erschöpfung“⁶⁵³ zeigen.

Soll der innergemeinschaftliche Parallelhandel zugunsten eines freien und ungehinderten Warenverkehrs gefördert werden und soll eine Ausweitung des weltweiten Parallelhandels zugunsten der Förderung eines freien und ungehinderten Wettbewerbs forciert werden oder sollen den Markenrechtsinhabern Abwehransprüche zugestanden werden und wenn ja, wie weit sollen diese reichen? Sollen die Abwehrmöglichkeiten der Rechtsinhaber auf die Abwehr des Parallelhandels mit Waren aus

⁶⁵¹ Joller, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – Silhouette einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751, 764

⁶⁵² GRUR Int. 2000, 628

⁶⁵³ Fundstellennachweis in GRUR 2003, 681

Drittstaaten beschränkt bleiben oder soll auch eine Kontrollmöglichkeit des innergemeinschaftlichen Parallelhandels zugestanden werden? Soll sich die Europäische Gemeinschaft einer Festung gleich von der Einfuhr billiger markierten Waren abschotten oder soll sie sich in das System eines weltweiten Handels ohne Beschränkungen einfügen?

Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, daß grundsätzlich zwischen dem innergemeinschaftlichen Warenstrom und der Einfuhr aus Drittstaaten zu unterscheiden ist. Die Behinderung des innergemeinschaftlichen Parallelhandels ist nach Ansicht der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs aus warenverkehrsrechtlicher und kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich unzulässig. Die zugrunde liegende Wertung ist, daß ein Ausschluß des Preiswettbewerbs die Handlungs- und Entschließungsfreiheit der Händler und Konsumenten beeinträchtigt. Anders beurteilt der Europäische Gerichtshof Beschränkungen des Parallelhandels mit Waren aus Drittstaaten. Die Freiverkehrsgrundsätze finden nur Anwendung auf den innergemeinschaftlichen Parallelhandel. Auch aus kartellrechtlicher Sichtweise wird die Verhinderung des Parallelimports von Waren aus Drittstaaten nicht von vornherein für unzulässig erklärt. Es zeigt sich, daß die Auswirkungen auf den Wettbewerb im außereuropäischen Verhältnis nicht mehr gleich beurteilt werden, wie innerhalb des Europäischen Binnenmarktes. Ökonomische Konsequenz einer derartigen Verhaltensweise ist der Aufbau einer „Festung Europa“. Wirtschaftlich steht eine derart generelle Abschottung der Idee eines weltweiten Freihandels entgegen, die von einer erleichterten Faktorallokation und verschärftem Preiswettbewerb Wohlfandeffekte erwartet. Die daraus resultierenden ökonomischen Auswirkungen werden unterschiedlich beurteilt, denn die Wettbewerbstheorien divergieren hinsichtlich der Auswirkungen auf den Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb.

Innerhalb des Gemeinsamen Marktes vernachlässigt das Gemeinschaftsrecht kontinuierlich das berechnigte Interesse der Markenrechtsinhaber, ihre Marketingstrategien und Werbeaufwendungen in Gewinnmaximierung umzusetzen und ermutigt statt dessen die Parallelhändler, in die Vertriebssysteme der Rechteinhaber einzudringen.

Auch von außereuropäischen Drittstaaten aus wird von vielen Seiten versucht, die „Festung Europa“ einzureißen. Mit seinen letzten Entscheidungen hat der Europäische Gerichtshof in Bezug auf den Parallelhandel mit aus Drittstaaten stammenden Waren eine Tendenz zur Stärkung der Markenrechtsinhaber aufgezeigt. Jüngste und viel diskutierte Beispiele sind die *Davidoff*-Entscheidungen des U.K. High Court of Justice,⁶⁵⁴ des Scottish Court of Session⁶⁵⁵ und schließlich des Europäischen Gerichtshofs,⁶⁵⁶ die zeigen, daß die Rechtsinhaber in naher Zukunft den Parallelhandel mit aus Drittstaaten stammenden Waren wirksam unterbinden können. Der Parallelhandel untergräbt aus Sicht der Rechtsinhaber die Gründe für das Bestehen von Markenrechten. Die Markenrechte sind aber von grundlegender Wichtigkeit in einer modernen Marktwirtschaft mit ihrer zunehmenden Abhängigkeit von geistigem Eigentum als der Quelle für Wohlstand. Sollte das Bedenken der Parallelhändler wirklich ein beschränkter Wettbewerb sein, so sollte dieses Bedenken mit Hilfe der Wettbewerbspolitik zerstreut werden und nicht mit Einschränkungen der markenrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte.

Die warenverkehrsrechtlichen Regelungen sind grundsätzlich geeignet, den Strategien der Markenrechtsinhaber zur Abschottung nationaler innergemeinschaftlicher Teilmärkte entgegenzutreten. Es hat eine Abgrenzung zu erfolgen zwischen der gemeinschaftswidrigen Ausübung nationaler Markenrechte und den als Folgen des Territorialitätsprinzips

⁶⁵⁴ *Zino Davidoff SA gegen A&G Imports Ltd.*, All E.R. 1999, 502

⁶⁵⁵ *Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd.*, SLT 2000, 683

⁶⁵⁶ EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99, *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.*, EuGHE 2001, 8691, WRP 2002, 65

eintretenden marktabschließenden Wirkungen der nationalen Markenrechtsausübung, die verbunden sind mit der Gewährleistung der mit dem Markenrecht erstrebten Funktionen in einem Mitgliedstaat, die aus den berechtigten Interessen der Rechteinhaber, sonstiger Marktteilnehmer und der Verbraucher folgen. Wesentlich zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen der Warenverkehrsfreiheit, dem Kartellverbot und dem Territorialitätsprinzip sind die rechtserheblichen Funktionen einer Marke. Diese werden nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs durch den spezifischen Inhalt des Markenrechts in rechtsverbindlicher Weise bestimmt und es ist das gesamte abgeleitete Recht im Lichte des Bestimmungen des EG-Vertrages über den freien Warenverkehr, insbesondere hier des Artikel 30 EG-Vertrag, auszulegen.⁶⁵⁷ Dies resultiert in der Gewährleistung des Gleichlaufs der nationalen Markenrechtsordnungen mit dem Gemeinschaftsrecht.⁶⁵⁸ Die Konkretisierungen des Markenrechts beschreiben dessen spezifischen Inhalt, der nach dem Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt ist. Diesen Konkretisierungen kommt insoweit Vorrang vor der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Warenverkehrsfreiheit zu. Die kumulativen Lehren von dem spezifischen Gegenstand und der wesentlichen Funktion korrespondieren mit der allein die Isolierung der verschiedenen nationalen Märkte bewirkenden Ausprägung der nationalen Markenrechte. Dementsprechend kommt es an auf die gemeinschaftsrechtliche Abgrenzung zwischen dem einerseits nicht gerechtfertigten Gebrauch eines nationalen Markenrechts als ein Instrument der Marktaufteilung und zur Errichtung künstlicher Handelsschranken im Gemeinsamen Markt und andererseits den berechtigten Schutzinteressen der Markenrechtsinhaber an der größtmöglichen Effizienz ihrer Markenrechte und ihrer Stellung auf dem

⁶⁵⁷ EuGH Rs. C-47/90 *Delhaize gegen Promalvin SA*, EuGHE 1992, I-3669, Rdnr. 26; EuGH Rs. C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb EV gegen Clinique Laboratoires SNC und Estee Lauder Cosmetics GmbH*, EuGHE 1994, I-317, 335, Rdnr. 12 = GRUR 1994, 303; EuGH verb. Rs. C-427/93, C-429/93, C-436/93 *Bristol-Myers Squibb gegen Paranova und andere*, EuGHE 1996, I-3457, Rdnr. 25 = GRUR Int. 1996, 1144; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., Einl MarkenG, Rdnr. 37

⁶⁵⁸ Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., Einl MarkenG, Rdnr. 37

Markt. Eine Beeinträchtigung der für die Substanz des Ausschließlichkeitsrechts maßgeblichen Möglichkeit zur Kontrolle der Markenverwendung durch den Rechtsinhaber im Einfuhrstaat liegt nicht vor, wenn der Rechtsinhaber selbst das fragliche Produkt im Ausfuhrmitgliedstaat in den Verkehr gebracht hat oder dies mit seiner Zustimmung geschehen ist.⁶⁵⁹ In allen anderen Fällen hat der Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit hinter dem Schutz des spezifischen Gegenstandes des Markenrechts zurückzutreten, sofern nicht einzelne nationale Teilmärkte des Gemeinsamen Marktes voneinander abgeschottet werden.

Es ist zu berücksichtigen, daß die Lehre von der Rechterschöpfung bzw. die Zustimmungslehre die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu dem Spannungsverhältnis der nationalen Markenrechtsordnungen zu dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit widerspiegelt. Die Zustimmung, die für den Eintritt der Rechterschöpfung notwendig ist, ist anhand der Zurechenbarkeit des Verkaufs bzw. des Inverkehrbringens zu bestimmen. Der Zustimmungsbegriff hat einen objektiven Gehalt, der nach Sinn und Zweck der Gemeinschaftsvorschrift auszufüllen ist. Entsprechend der Grundidee des Binnenmarktes soll die gemeinschaftsweite Rechterschöpfung verhindern, daß mit Hilfe der territorial gezielten Ausübung von Markenrechten der freie Handel zwischen den Mitgliedstaaten beschränkt wird. Die Auslegung der Artikel 28 und 30 EG-Vertrag entspricht der Regelung der gemeinschaftsweiten Erschöpfungswirkung, weshalb eine Unterscheidung zwischen innergemeinschaftlichen und außergemeinschaftlichen Sachverhalten geboten ist. Bei der gemeinschaftlichen Auslegung des Zustimmungsbegriffs und der gebotenen Abwägung ist zu berücksichtigen, daß durch Artikel 30 EG-Vertrag Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs insoweit zulässig sind, als diese nach der oben beschriebenen Lehre von

⁶⁵⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 36, Rdnr. 116

dem spezifischen Gegenstand eines Markenrechts gerechtfertigt sind. Innerhalb des Gemeinsamen Marktes ist es dem Rechtsinhaber aufgrund der Entscheidung für den freien Warenverkehr und dem europäischen Bemühen um eine Vereinheitlichung des Marktbedingungen grundsätzlich zuzumuten, den Parallelhandel hinzunehmen. Es ist maßgeblich auf das Kriterium der Vertriebssteuerung abzustellen, woraus folgt, daß eine Zustimmung zum Inverkehrbringen der markierten Waren dann angenommen werden kann, wenn der Rechtsinhaber die Möglichkeit hat, das erstmalige Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft zu steuern. Im Rahmen des Parallelimports aus Drittstaaten ist zu berücksichtigen, daß das erste tatsächliche Inverkehrbringen nicht mit dem erstmaligen Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft zusammenfällt. Daraus folgt, daß bei dem Parallelimport aus Drittstaaten eine Zustimmung des Rechtsinhabers zum Inverkehrbringen der markierten Waren in der Europäischen Gemeinschaft gleichzeitig den Verzicht auf das ausschließliche Recht zur Vertriebssteuerung in der Europäischen Gemeinschaft zum Inhalt haben muß.

Der Begrenzung der territorialen Reichweite der Erschöpfungslehre auf die Europäische Gemeinschaft liegt die veränderte Konzeption der Lehre von der wesentlichen Markenfunktion und die Abkehr von der Überbetonung des Herkunftsschutzes zugrunde. Es besteht eine untrennbare Verbindung zwischen dem Parallelhandel und der Rechterschöpfung, denn die Beantwortung der Frage, ob markierte Waren parallel importiert werden können hängt im Wesentlichen davon ab, ob die den Waren anhaftenden Markenrechte noch ausgeübt werden können. Macht ein Wettbewerber gegenüber einem Konkurrenten aus einem anderen Mitgliedstaat ein nationales Markenrecht geltend und kann das markierte Erzeugnis aus einem anderen Mitgliedstaat deshalb überhaupt nicht, nicht in dieser Form oder nicht unter dieser Marke vertrieben werden, so fällt dies gemäß der *Dassonville*-Formel in den Anwendungsbereich des Artikel 28 EG-Vertrag. Es ist dann im Rahmen

der Ausnahmeregelungen des Artikel 30 EG-Vertrag für gewerbliches und kommerzielles Eigentum zu prüfen, ob und inwieweit die in Frage stehende Maßnahme zulässig ist. Die Schranke ist Artikel 30 Satz 2 EG-Vertrag, also eine willkürliche Diskriminierung und verschleierte Handelsbeschränkung als Rechtsmißbrauch. Es geht bei der Rechtfertigungsprüfung im Rahmen des Artikel 30 EG-Vertrag insbesondere darum, die Grenze des Markenrechts so zu ziehen, daß einerseits der Abschottung der nationalen Märkte entgegengewirkt und damit der von dem Gemeinschaftsrecht angestrebte freie Warenverkehr gefördert wird, ohne andererseits den spezifischen Inhalt des nach der nationalen Markenrechtsordnung des jeweiligen Mitgliedstaat gewährten Schutzrechts zu überspielen. Die sekundärrechtlichen Vorschriften der Markenrechts-Richtlinie und die damit harmonisierten nationalen markenrechtlichen Regelungen sind gemäß der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts stets im Lichte der Warenverkehrsfreiheit auszulegen, wobei immer die den Warenverkehr am wenigsten beschränkende Möglichkeit zu wählen ist, sofern mehrere zur Auswahl stehen.

Aufgrund des Territorialitätsprinzips begrenzt sich der Schutzbereich eines nationalen Markenrechts auf das Territorium desjenigen Staates, nach dessen Rechtsordnung das jeweilige Markenrecht verliehen wurde. Multinational operierende Unternehmen haben regelmäßig identische in einer Vielzahl von Ländern. Durch die kartellrechtlich grundsätzlich unbedenkliche territorial gezielte Ausübung nationaler Markenrechte entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen Markenrecht und Kartellverbot, wenn mit Hilfe eben dieser territorialen Markenrechtsausübung versucht wird, nationale Märkte voneinander abzuschotten. Dies ist nach der Abgrenzungsformel des Europäischen Gerichtshofs dann der Fall, wenn die Ausübung des Markenrechts Gegenstand, Mittel oder Folge einer von dem EG-Vertrag verbotenen

Kartellabsprache ist.⁶⁶⁰ Die Geltendmachung des Ausschließlichkeitsrechts ist dann ein Mißbrauch des Markenrechts.⁶⁶¹ Gerade der Gebrauch eines Markenrechts zur Durchsetzung einer ansonsten wirksamen Vereinbarung kann nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine Verletzung von Artikel 81 EG-Vertrag darstellen. Es ist der innergemeinschaftliche Wettbewerb der Schutzgegenstand von Artikel 81 EG-Vertrag. Der Bestand des Markenrechts ist gemäß Artikel 295 EG-Vertrag (ex-Artikel 222) geschützt, jedoch darf die Ausübung eben dieses, in seinem Bestand geschützten Rechts nicht darin münden, daß die legitime Teilnahme eines Dritten am Wettbewerb verhindert wird. Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, daß die Gemeinschaft trotz des Vorbehalts in Artikel 295 EG-Vertrag über die Binnenmarktharmonisierungskompetenz des Artikel 95 EG-Vertrag befugt ist, Regelungen selbst zum Kernbereich der Immaterialgüterrechte zu treffen und auf Grundlage des Artikel 308 EG-Vertrag (ex-Artikel 235) auch neue Kompetenztitel zu schaffen, wie dies im Bereich des Markenrechts durch die auf Artikel 308 EG-Vertrag gestützte Gemeinschaftsmarkenverordnung geschehen ist, um Handelshemmnisse zu beseitigen sowie Wettbewerbsverfälschungen abzubauen.⁶⁶²

Das Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und dem Territorialitätsprinzip verdeutlicht nachfolgendes Beispiel: Der Hersteller und Markenrechtsinhaber in der Europäischen Gemeinschaft kann seine

⁶⁶⁰ EuGH Rs. 40/70 *Sirena, S.R.L. gegen EDA, S.R.L. und andere*, EuGHE 1971, 69 = GRUR Int. 1979, 279; EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co KG*, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450; EuGH Rs. 119/75 *Terrapin (Overseas) Ltd. gegen Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.*, EuGHE 1976, 1039 = GRUR Int. 1976, 402; Groeben/Thiesing/Ehlermann/Sucker/Guttuso, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 85 – Fallgruppen Immaterialgüterrechte, Rdnr. 11; Immenga/Mestmäcker/Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, GRUR, B I, Rdnr. 12

⁶⁶¹ Calliess/Ruffert/Weiß, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Aufl., Art. 81 EG-Vertrag, Rdnr. 221 ff., insbesondere 224

⁶⁶² EuGH Rs. C-350/92 *Königreich Spanien gegen Rat der Europäischen Union*, EuGHE 1995, I-1985; Freytag, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht – Patente und Marken versus Handelsfreiheit, S. 203

Waren in einem Drittstaat vertreiben und gleichzeitig durch gezielte territoriale Ausübung der Markenrechte in der Europäischen Gemeinschaft, die entsprechend dem Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung noch nicht erschöpft sind, den Parallelhandel mit eben diesen Waren abwehren. Ohne die Anwendung der kartellrechtlichen Regelungen auf eine derartige Konstellation werden die nationalen Markenrechte zu einer Grenze für den freien Welthandel, die nur in einer Richtung passiert werden kann. Es ist hierzu nicht notwendig, die Reichweite der Rechtser schöpfung auszudehnen, sondern es ist ausreichend, den Zugang zu den Weltmärkten für die Parallelhändler als geschützten Bereich des Binnenmarktes anzuerkennen. Eine solche Konstellation lag der *Silhouette*-Entscheidung⁶⁶³ des Europäischen Gerichtshofs zugrunde. Im Rahmen dieses Verfahrens wurde die Frage nach der Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen dem Kartellverbot und der gezielten Markenrechtsausübung aber nicht beantwortet, obwohl sich der Sachverhalt hierfür durchaus angeboten hätte, denn es ist fraglich, ob Artikel 7 der Markenrechts-Richtlinie, der sich mit der territorialen Reichweite der Rechtser schöpfung befaßt, in der Weise zu interpretieren ist, daß Parallelimporte von außerhalb der Europäischen Gemeinschaft auch verhindert werden können, wenn dies Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb der Europäischen Gemeinschaft haben kann. Anders formuliert stellt sich die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Markenrechtsausübung zur Abwehr von Importen aus Drittstaaten zu einem Zeitpunkt, in dem die den parallelimportierten Waren innewohnenden Markenrechte entsprechend der Lehre von der Rechtser schöpfung noch bestehen. Diese Konstellation hat der Europäische Gerichtshof bis heute nicht entschieden. Es bietet sich als Lösung an, daß immer dann, wenn das wirtschaftliche Verhalten geeignet ist, die Entwicklung des Wettbewerbs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft negativ zu beeinflussen, der Versuch der Verhinderung des Parallelhandels mit aus Drittstaaten stammenden, markierten Waren

⁶⁶³ EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EuGHE 1998, I-4799 ff.

durch die gezielte territoriale Markenrechtsausübung gegen Artikel 81 EG-Vertrag verstößt. Dies gilt auch dann, wenn die Markenrechte an den betreffenden Waren noch nicht erschöpft sind, sofern eine Abschottung der Europäischen Gemeinschaft von dem Parallelhandel mit aus Drittstaaten stammenden markierten Originalwaren bezweckt oder bewirkt wird. Die gezielte Ausübung der noch nicht erschöpften Markenrechte zur Abwehr des Parallelhandels mit aus Drittstaaten stammenden Waren ist daher als Verstoß gegen das Kartellverbot des Artikel 81 EG-Vertrag zu werten.

Der Europäische Gerichtshof hat sich in der *Javico*-Entscheidung mit der Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Beschränkungen des Parallelhandels befaßt.⁶⁶⁴ Ein derartiges Vertriebsverbot ist nicht nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag untersagt, wenn es auch für alle anderen Drittstaaten gilt, so daß es nicht als Vereinbarung anzusehen ist, die eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt und die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.⁶⁶⁵ Die Durchdringung des außerhalb der Europäischen Gemeinschaft gelegenen Marktes steht hier im Vordergrund.⁶⁶⁶ Fraglich ist, wie eine Klausel zu beurteilen wäre, die sich lediglich den Parallelimport in die Europäische Gemeinschaft beschränkt, den Parallelhandel mit anderen Drittstaaten somit ausgeklammert läßt. Das Argument der Durchdringung des außereuropäischen Marktes kann dann nicht mehr durchgreifen. Die mögliche Marktaufteilung bezieht sich dann nicht mehr nur auf die Aufteilung der Märkte in den Drittstaaten, sondern betrifft einzig den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft. Es kommt damit entscheiden auf die territoriale Reichweite der jeweiligen Parallelimportbeschränkung an.

⁶⁶⁴ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent*, EuGHE 1998, I-1983

⁶⁶⁵ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent*, EuGHE 1998, I-1983, Rdnr. 19 ff.

⁶⁶⁶ EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent*, EuGHE 1998, I-1983, Rdnr. 19

Die Markenrechtsinhaber versuchen, durch immer ausgefeiltere Vertriebssysteme den Eintritt der Erschöpfungswirkung zu begrenzen und hiermit eine möglichst weitgehende Vertriebs- und Preiskontrolle zu erhalten. Dies ist nur möglich durch die gezielte Markenrechtsausübung in den verschiedenen Staaten, in denen aufgrund des Territorialitätsprinzips einzelne nationale Markenrechte bestehen. Im Zuge der immer weiter fortschreitenden Globalisierung sind ausgefeilte Vertriebsstrategien für die Hersteller ohne weiteres möglich, um den innergemeinschaftlichen Parallelhandel zu unterbinden. Hierzu exportiert der Markenrechtsinhaber seinen gesamten Warenbestand aus der Europäischen Gemeinschaft in ein ausgewähltes Drittland, etwa in die Schweiz. Es tritt hierbei keine Rechtser schöpfung ein, denn es fehlt an einem Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft.⁶⁶⁷ Von diesem Drittstaat aus werden die Waren an ausgewählte Vertriebs Händler in ausgewählten außereuropäischen Vertriebsgebieten abgegeben. Den Vertriebs Händlern wird das ausdrückliche Verbot auferlegt, selbst Waren in ein anderes, ihnen nicht zugewiesenes, Vertriebsgebiet zu importieren oder Waren an einen Parallelhändler zu verkaufen. Nun autorisiert der Hersteller und Rechtsinhaber einzelne Vertriebs Händler dazu, Waren in der Europäischen Gemeinschaft zu vertreiben. Diese ausgewählten Händler dürfen dann Waren in ausgewählten Gebieten zu bestimmten Preisen vertreiben. Nach außen hin wird keine Zustimmung zum Inverkehrbringen in der Europäischen Gemeinschaft erteilt, so daß der Rechtsinhaber, dem innerhalb der Gemeinschaft in jedem Mitgliedstaat nationale Markenrechte zustehen diese Händler nicht auf Unterlassung wegen Markenrechtsverletzung in Anspruch nimmt. Derartige Verkäufe werden also passiv geduldet. Sollten jedoch Waren des Herstellers über nicht autorisierte Vertriebskanäle, etwa über Parallelhändler, auf den innergemeinschaftlichen Markt kommen, übt der Rechtsinhaber aktiv

⁶⁶⁷ Starck, Markenrechtliche Erschöpfung – die Vierte: Inwieweit schränkt § 24 Abs. 1 MarkenG den Markeninhaber beim Warenvertrieb in Gebiete außerhalb Europas ein?, MarkenR 2004, 41

seine in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Markenrechte aus und nimmt die nicht autorisierten Händler auf Unterlassung in Anspruch.

Kartellrechtlich ist eine derartige selektive Markenrechtsausübung vom Grundsatz her an sich nicht zu beanstanden. Der Europäische Gerichtshof hat sich zur Zulässigkeit eines derartigen Modells bisher nicht geäußert. Die selektive Ausübung der Markenrechte ist aber unter Anwendung der Grundsätze aus der Entscheidung *Consten und Grundig*⁶⁶⁸ dann als Verstoß gegen das Kartellverbot des Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag zu werten, wenn das kartellrechtliche Verbot einer derartigen Markenrechtsausübung notwendig erscheint, um einen ungehinderten Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes zu gewährleisten.

Die Frage, ob die Grundfreiheit des Warenverkehrs und die Wettbewerbsregel des Kartellverbots die Schranken der berechtigten Markenrechtsausübung darstellen oder ob die berechnete Markenrechtsausübung die Schranke der Warenverkehrsfreiheit und des Kartellverbots im Gemeinsamen Markt darstellt und so deren unvermeidliche Grenzen aufzeigt, ist zugunsten des freien Warenverkehrs und des Kartellverbots zu beantworten. Die Lösung des Spannungsverhältnisses zugunsten des freien Warenverkehrs und des Kartellverbots relativiert die mitgliedstaatliche Eigentumsgarantie und die damit verbundene Wirkung, einzelstaatliche Märkte vor einem grenzüberschreitenden Intra-brand-Wettbewerb abzusichern. Es ist die kartellrechtliche Regelung des Artikel 81 EG-Vertrag insbesondere bei der Abwehr der Paralleleinfuhr von aus Drittstaaten stammenden Waren in die Europäische Gemeinschaft als Schranke der Ausübung nationaler Markenrechte anzusehen. Innerhalb des Gemeinsamen Marktes wird diese Schrankenfunktion von den Freiverkehrsgrundsätzen ausgeübt. Das Kartellrecht und das Warenverkehrsrecht bilden also die gemeinschaftsrechtlichen Schranken des nationalen Markenschutzes. Der

⁶⁶⁸ EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission*, EuGHE 1966, 429= JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

Bestand eines nationalen Markenrechts bleibt unangetastet, aber die Ausübung dessen spezifischen Gegenstandes hat im Einklang mit den in dieser Arbeit beschriebenen Grundsätzen zu erfolgen.

5 Verzeichnis der Rechtsprechung

5.1 Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

A:

EuGH Rs. 107/82 *AEG Telefunken AG gegen Europäische Kommission* vom 25.10.1983, EuGHE 1983, 3151 = NJW 1984, 1281

EuGH verb. Rs. 89, 104, 114, 116-117, 125-129/85 *A. Ahlström Osakeyhtiö und andere gegen Europäische Kommission* vom 31.03.1993, EuGHE 1993, I-1307

EuGH Rs. 222/82 *Apple & Pear Development Council gegen K. J. Levis Ltd. und andere* vom 13.12.1983, EuGHE 1983, 4083

EuGH Rs. 57/69 *Azienda Colori Nazionali - ACNA S.p.A. gegen Europäische Kommission* vom 14.07.1972, EuGHE 1972, 933

B:

EuGH Rs. 35/83 *B.A.T. Cigaretten-Fabriken GmbH gegen Europäische Kommission* vom 30.01.1985, EuGHE 1985, 363

EuGH Rs. 65/86 *Bayer AG und Maschinenfabrik Hennecke GmbH gegen Heinz Süllhöfer* vom 27.09.1988, EuGHE 1988, 5249

EuGH Rs. C-70/93 *Bayerische Motorenwerke AG gegen ALD Auto-Leasing D GmbH* vom 24.10.1995, EuGHE 1995, I-3439

EuGH Rs. 22/71 *Béquelin Import Co. und andere gegen S.A.G.L. Import Export und andere* vom 25.11.1971, EuGHE 1971, 949

EuGH verb. Rs. 46 und 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factorame Ltd. und andere* vom 05.03.1996, EuGHE 1996, I-1029

EuGH verb. Rs. C-427/93, C-429/93, C-436/93 *Bristol-Myers Squibb gegen Paranova und andere* vom 11.07.1996, EuGHE 1996, I-3457 = GRUR Int. 1996, 1144

EuGH Rs. 226/84 *British Leyland plc gegen Europäische Kommission* vom 11.11.1986, EuGHE 1986, 3263

EuGH Rs. 123/83 *Bureau National Interprofessionel du Cognac gegen Guy Clair* vom 30.01.1985, EuGHE 1985, 391

EuGH Rs. 6/81 *BV Industrie Diensten Groep gegen J. A. Beele* vom 02.03.1982, EuGHE 1982, 707

C:

EuGH Rs. 72/83 *Campus Oil und andere gegen Minister for Industrie and Energy und andere* vom 10.07.1984, EuGHE 1984, 2727

EuGH Rs. 39/97 *Canon Kubushiki Kaisha gegen Metro-Goldwyn-Mayer Inc.* vom 29.09.1998, EuGHE 1998, I-5507 = GRUR 1998, 922

EuGH Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.* vom 31.10.1974, EuGHE 1974, 1147

EuGH Rs. 3/78 *Centrafarm BV gegen AHPC* vom 10.10.1978, EuGHE 1978, 1823

EuGH Rs. 16/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Winthrop BV* vom 31.10.1974, EuGHE 1974, 1183

EuGH Rs. 48/74 *Charmasson gegen Ministre de l'Economie et des Finances* vom 10.12.1974, EuGHE 1974, 1383

EuGH Rs. C-337/95 *Christian Dior SA gegen Evora BV* vom 04.11.1997, EuGHE 1997, I-6013 = GRUR Int. 1998, 140

EuGH Rs. C-10/89 *CNL-Sucal, SA gegen Hag GF AG (HAG II)* vom 17.10.1990, EuGHE 1990 I-3711 = GRUR Int. 1990, 960

EuGH verb. Rs. 29, 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA und Societe Rheinzink GmbH gegen Europäische Kommission* vom 28.03.1984, EuGHE 1984, 1679

EuGH Rs. 56, 58/64 *Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Europäische Kommission* vom 13.07.1966, EuGHE 1966, 429= JZ 1966, 673 = BB 1966, 835

EuGH Rs. C-323/93 *Crespelle gegen Coopérative d'élevage* vom 05.10.1994, EuGHE 1994, I-5077

D:

EuGH Rs. 29/87 *Dansk Denkavit APS gegen Landbrugsministeriet* vom 14.06.1988, EuGHE 1988, 2965

EuGH Rs. 58/80 *Dansk Supermarked A/S gegen Imerco A/S* vom 22.01.1981, EuGHE 1981, 181

EuGH Rs. C-47/90 *Delhaize gegen Promalvin SA* vom 09.06.1992, EuGHE 1992, I-3669

EuGH Rs. C-234/89 *Delimitis gegen Henninger Bräu AG* vom 28.02.91, EuGHE 1991, I-935

EuGH Rs. 251/78 *Denkavit Futtermittel GmbH gegen Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen* vom 08.11.1979, EuGHE 1979, 3369

EuGH Rs. C-39/90 *Denkavit Futtermittel GmbH gegen Land Baden-Württemberg* vom 20.06.1991, EuGHE 1991, I-3069

EuGH Rs. C-78/70 *Deutsche Grammophon GmbH gegen Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG* vom 28.06.1971, EuGHE 1971, I-487 = GRUR Int. 1971, 450

EuGH Rs. C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SPA gegen Unita Sanitaria Locale N. 2 Di Carrara und 3 M Italia SPA* vom 20.03.1990, EuGHE 1990, I-889

E:

EuGH Rs. 341/87 *EMI Electrola GmbH gegen Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH* vom 24.01.1989, EuGHE 1989, 79

EuGH Rs. 86/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Grammophon A/S* vom 15.06.1976, EuGHE 1976, 871

EuGH Rs. 96/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS Schallplatten GmbH* vom 15.06.1976, EuGHE 1976, 913

EuGH Rs. 51/75 *EMI Records Ltd. gegen CBS United Kingdom Ltd.* vom 15.06.1979, EuGHE 1976, 811

EuGH Rs. 12/74 *Europäische Kommission gegen Deutschland (Sekt/Weinbrand)* vom 20.02.1975, EuGHE 1975, 181

EuGH Rs. 153/78 *Europäische Kommission gegen Deutschland* vom 12.07.1979, EuGHE 1979, 2555

EuGH Rs. 274/87 *Europäische Kommission gegen Deutschland* vom 02.02.1989, EuGHE 1989, 229

EuGH Rs. C-62/90 *Europäische Kommission gegen Deutschland* vom 08.04.1992, EuGHE 1992, I-2575

EuGH Rs. C-317/92 *Europäische Kommission gegen Deutschland* vom 01.06.1994, EuGHE 1994, I-2039

EuGH Rs. C-131/93 *Europäische Kommission gegen Deutschland* vom 13.07.1994, EuGHE 1994, I-3303

EuGH Rs. 124/85 *Europäische Kommission gegen Griechenland* vom 16.12.1986, EuGHE 1986, 3935

EuGH Rs. C-205/89 *Europäische Kommission gegen Griechenland* vom 19.03.1991, EuGHE 1991, I-1361

EuGH Rs. 113/80 *Europäische Kommission gegen Irland* vom 17.06.1981, EuGHE 1981, 1625

EuGH Rs. 249/81 *Europäische Kommission gegen Irland* vom 24.11.1982, EuGHE 1982, 4005

EuGH Rs. 288/83 *Europäische Kommission gegen Irland* vom 11.06.1985, EuGHE 1985, 1761

EuGH Rs. 95/81 *Europäische Kommission gegen Italien* vom 09.06.1982, EuGHE 1982, 2187

EuGH Rs. 193/80 *Europäische Kommission gegen Italien* vom 09.12.1981, EuGHE 1981, 3019

EuGH Rs. 207/83 *Europäische Kommission gegen Vereinigtes Königreich* vom 25.04.1985, EuGHE 1985, 1201

EuGH Rs. 231/78 *Europäische Kommission gegen Vereinigtes Königreich* vom 29.03.1979, EuGHE 1979, 1447

EuGH Rs. 6/72 *Europemballage Corporation und Continental Can gegen Europäische Kommission* vom 21.02.1973, EuGHE 1973, 215

EuGH verb. Rs. C-71/94, C-72/94, C-73/94 *Eurim-Pharma Arzneimittel GmbH gegen Beiersdorf* vom 11.07.1996, EuGHE 1996, I-3603 = WRP 1996, 867

EuGH verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 *Europäisches Zuckerkartell: Coöperative Vereniging „Suicker Unie“ UA und andere gegen Europäische Kommission* vom 16.12.1975, EuGHE 1975, 1663

F:

EuGH Rs. 29/82 *F. Van Luipen EN ZN. B.V.* vom 03.02.1983, EuGHE 1983, 151

EuGH Rs. 25-26/84 *Ford Werke AG und Ford Europa gegen Europäische Kommission* vom 17.09.1985, EuGHE 1985, 2725

EuGH Rs. C-347/89 *Freistaat Bayern gegen Eurim-Pharma GmbH* vom 16.04.1991, EuGHE 1991, I-1747

EuGH Rs. C-349/95 *Frits Loendersloot Internationale Expeditie gegen Georg Ballantine & Son Ltd.* vom 11.11.1997, EuGHE 1997, I-6227 = GRUR Int. 1998, 145

G:

EuGH Rs. 362/88 *GB-INNO-BM SA gegen Confederation du Commerce Luxembourgeois ASBL* vom 07.03.1990, EuGHE 1990, I-667

EuGH Rs. C-191/90 *Generics und Harris Pharmaceuticals Ltd. gegen Smith Kline and French Laboratories Ltd.* vom 27.10.1992, EuGHE 1992, I-5335

EuGH Rs. C-313/94 *Graffione SNC gegen Ditta Fransa* vom 26.11.1996, EuGHE 1996, I-6039

EuGH Rs. C-63/94 *Groupement National des Negociats en Pommes de Terre de Belgique gegen ITM Belgium SA und Vocarex SA* vom 11.08.1995, EuGHE 1995, I-2467

H:

EuGH Rs. 86/82 *Hasselblad (G.B.) Ltd. gegen Europäische Kommission* vom 21.02.1984, EuGHE 1984, 883

EuGH Rs. 215/87 *Heinz Schumacher gegen Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, vom 07.03.1989 EuGHE 1989, 617,

EuGH Rs. 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH* vom 23.05.1978, EuGHE 1978, 1139

EuGH Rs. C-199/92 *P. Hüls AG gegen Europäische Kommission* vom 08.07.1999, EuGHE 1999, 4287 = WuW/EuR 226, 230

I:

EuGH Rs. 48, 49 und 50-57/69 *I.C.I. Ltd. gegen Europäische Kommission* vom 14.07.1972, EuGHE 1972, 919

EuGH Rs. 6 und 7/73 *I.C.I. SPA und Commercial Solvents gegen Europäische Kommission* vom 06.03.1974, EuGHE 1974, 223

EuGH Rs. C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danziger gegen Ideal-Standard GmbH* vom 22.06.1994, EuGHE 1994, I-2789 = GRUR Int. 1994, 614

J:

EuGH Rs. C-306/96 *Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfum SA* vom 28.04.1998, EuGHE 1998, I-1983

EuGH Rs. C-7/95 *P. J. Deere Ltd. gegen Europäische Kommission* vom 28.05.1998, EuGHE 1998, I-3111

K:

EuGH Rs. 19 und 24/74 *Kali & Salz AG und Kali-Chemie AG gegen Europäische Kommission* vom 14.05.1975, EuGHE 1975, 499 = EuZW 1998, 299, 308

EuGH Rs. 144/81 *Keurkopp BV gegen Nancy Keene Gifts BV* vom 14.09.1982, EuGHE 1982, 2853

EuGH Rs. C-350/92 *Königreich Spanien gegen Rat der Europäischen Union* vom 13.07.1995, EuGHE 1995, I-1985

L:

EuGH Rs. 99/79 *Lancome SA und Cosparfrance Nederland BV gegen Etos BV und Albert Heijn Supermart BV* vom 10.07.1980 EuGHE 1980, 2511 = NJW 1989, 1151

EuGH Rs. 229/83 *Leclerc gegen SA Thouars Distribution und andere* vom 10.01.1985, EuGHE 1985, 1

EuGH Rs. 31/80 *L'Oreal NV und L'Oreal SA gegen PVBA De Nieuwe AMCK* vom 11.12.1980, EuGHE 1980, 3775

EuGH Rs. 56/65 *LTM gegen MBU* vom 30.06.1966, EuGHE 1966, 337

EuGH verb. Rs. 110/88, 241/88, 242/88 *Lucazeau und andere gegen SACEM* vom 30.07.1989, EuGHE 1989, 2811 = EuZW 1990, 415

EuGH Rs. C-320/93 *Lucien Ortscheid GmbH gegen Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH* vom 10.11.1994, EuGHE 1994, I-5243

EuGH verb. Rs. 286/82, 26/83 *Luisi und Carbone gegen Ministero del Tesoro* vom 31.01.1984, EuGHE 1984, 377

M:

EuGH Rs. 126/80 *Maria Salonia gegen Giorgio Poidoani und Franca Baglieri (née Giglio)* vom 16.06.1981, EuGHE 1981, 1563

EuGH Rs. 29/72 *Marimex gegen Italienische Finanzverwaltung* vom 14.12.1972, EuGHE 1972, 1309

EuGH Rs. 376/92 *Metro gegen Cartier SA* vom 13.01.1994, EuGHE 1994, I-15 = GRUR 1994, 300

EuGH Rs. 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG und Verband des SB-Großhandels e.V. gegen Europäische Kommission (SABA I)* vom 25.10.1977, EuGHE 1977, 1875

EuGH Rs. 75/84 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG gegen Europäische Kommission (SABA II)* vom 22.10.1986, EuGHE 1986, 3021

EuGH Rs. C-232/94 *MPA Pharma gegen Rhône-Poulenc Pharma GmbH* vom 11.07.1996, EuGHE 1996, I-3671 = WRP 1996, 874

EuGH Rs. 55 und 57/80 *Musikvertrieb Membran gegen GEMA* vom 20.01.1981, EuGHE 1981, 147

EuGH verb. Rs. 100-103/80 *Musique Diffusion Française SA gegen Europäische Kommission* vom 07.06.1983, EuGHE 1983, 1825

N:

EuGH Rs. 71/74 *Nederlandse Vereniging voor fruit en Groentenimporthandel und Nederlandse Bond van Grossiers in Zuidvruchten en Ander Geïmporteed Fruit "Frombo" gegen Europäische Kommission* vom 15.05.1975, EuGHE 1975, 563

EuGH Rs. C-120/95 *Nicolas Decker gegen Caisse de malaide des employés privés* vom 28. April 1998, EuGHE 1998, I-1831

EuGH Rs. 258/78 *Nungesser KG und Kurt Eiselse gegen Europäische Kommission* vom 08.06.1982, EuGHE 1982, 2015

O:

EuGH Rs. 210/81 *Oswald Schmidt Demo-Studio Schmidt gegen Europäische Kommission* vom 11.10.1983, EuGHE 1983, 3045

P:

EuGH Rs. C-238/89 *Pall Corp. gegen P. J. Dahlhausen & Co.* vom 13.12.1990, EuGHE 1990 I-4827

EuGH Rs. 24/67 *Parke, Davis and Co. gegen Centrafarm und andere* vom 29.02.1968, EuGHE 1968, 81

EuGH Rs. 1/81 *Pfizer Inc. gegen Eurim-Pharma GmbH* vom 03.12.1981, EuGHE 1981, 2913

EuGH Rs. 19/84 *Pharmon, BV gegen Hoechst AG* vom 09.07.1985, EuGHE 1985, 2281

EuGH Rs. C-352/95 *Phytheron International SA gegen Jean Bourdon SA* vom 20.03.1997, EuGHE 1997, I-1729 = GRUR Int. 1997, 627

EuGH Rs. 83/78 *Pigs Marketing Board gegen Raymond Redmond* vom 29.11.1978, EuGHE 1978, 2347

R:

EuGH Rs. 42/84 *Remia, BV, Verenigde Bedrijven Nutricia, NV und andere gegen Europäische Kommission* vom 11.07.1985, EuGHE 1985, 2545

EuGH Rs. C-317/91 *Renault gegen Audi* vom 30.11.1993, EuGHE 1993, I-6227

EuGH Rs. 37/83 *Rewe Zentral AG gegen Direktor der Landwirtschaftskammer Rheinland* vom 29.02.1984, EuGHE 1984, 1229

EuGH Rs. 120/78 *Rewe Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* vom 20.02.1979, EuGHE 1979, 649

EuGH Rs. 2/73 *Riseria Luigi Geddo gegen Ente Nazionale Risi* vom 12.07.1973, EuGHE 1973, 865

EuGH Rs. 1/72 *Rita Frilli gegen Belgischen Staat* vom 22.06.1972, EuGHE 1972, I-457

S:

EuGH Rs. 243/83 *SA Binon ET & Cie gegen SA Agence et Messageries de la Presse* vom 03.07.1985, EuGHE 1985, 2015 = NJW 1986, 651

EuGH Rs. 119/78 *SA des Grandes des Distilleris Pereux gegen Directeur des Services Fiscaux de la Haute-Saone et du Territoire de Belfort* vom 13.03.1979, EuGHE 1979, 975

EuGH Rs. 53/69 *Sandoz AG gegen Europäische Kommission* vom 14.07.1972, EuGHE 1972, 845 = NJW 1972, 1636

EuGH Rs. C-126/91 *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft gegen Yves Rocher GmbH* vom 18.05.1993, EuGHE 1993, I-2361

EuGH Rs. C-173/98 *Sebago, Inc. und Ancienne Maison Dubois et Fils SA gegen G-B Unic SA* vom 01.07.1999, EuGHE 1999, I-4103 = GRUR Int. 1999, 870

EuGH Rs. C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* vom 16.07.1998, EuGHE 1998, I-4799

EuGH Rs. 35/76 *Simmenthal S.P.A. gegen Italienisches Finanzministerium* vom 15.12.1976, EuGHE 1976, 1871

EuGH Rs. 40/70 *Sirena, S.R.L. gegen EDA, S.R.L. und andere* vom 18.02.1971, EuGHE 1971, 69 = GRUR Int. 1979, 279

EuGH Rs. 1/71 *Societe Anonyme Cadillon gegen Höss Maschinenbau KG* vom 06.05.1971, EuGHE 1971, 351

EuGH Rs. 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est, SA gegen Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG* vom 14.12.1983, EuGHE 1983, 4173

EuGH Rs. 8/74 *Staatsanwaltschaft gegen Benoit und Gustave Dassonville* vom 11.07.1974, EuGHE 1974, 837

EuGH Rs. 104/75 *Strafverfahren gegen Adriaan de Peijper Geschäftsführer der Centrafarm BV* vom 20.05.1976, EuGHE 1976, 613

EuGH Rs. 27/80 *Strafverfahren gegen Anton Adriaan Fietje* vom 16.12.1980, EuGHE 1980, 3839

EuGH Rs. C-367/89 *Strafverfahren gegen Aime Richardt* vom 04.10.1991, EuGHE 1991, I-4621,

EuGH Rs. 212/88 *Strafverfahren gegen Felix Levy und andere* vom 26.10.1989, EuGHE 1989, 3511

EuGH Rs. 788/79 *Strafverfahren gegen Herbert Gilli und Paul Andreas* vom 26.06.1980, EuGHE 1980, 2071

EuGH verb. Rs. C-267/91, C-268/91 *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard* vom 24.11.1993, EuGHE 1993, I-6097

EuGH Rs. C-17/93 *Strafverfahren gegen J.J.J. van der Veldt* vom 14.07.1994, EuGHE 1994, I-3537

EuGH Rs. 177 und 178/82 *Strafverfahren gegen Jan van de Haar* vom 05.04.1984, EuGHE 1984, 1797

EuGH Rs. C-369/88 *Strafverfahren gegen Jean Marie Delattre* vom 21.03.1991, EuGHE 1991, I-1487

EuGH Rs. 130/80 *Strafverfahren gegen Kelderman* vom 19.02.1981, EuGHE 1981, 527

EuGH Rs. C-293/93 *Strafverfahren gegen Ludomira Neeltje Barbara Houtwipper* vom 15.09.1994, EuGHE 1994, I-4249

EuGH Rs. 34/79 *Strafverfahren gegen Maurice Henn und John Frederick Ernst Darby* vom 14.12.1979, EuGHE 1979, 3795

EuGH Rs. 247/84 *Strafverfahren gegen Motte* vom 10.12.1985, EuGHE 1985, 3887

EuGH Rs. 286/81 *Strafverfahren gegen Oosthoeck* vom 15.12.1982, EuGHE 1982, 4575

EuGH Rs. 148/78 *Strafverfahren gegen Ratti* vom 05.04.1979, EuGHE 1979, 1629

EuGH Rs. 174/82 *Strafverfahren gegen Sandoz* vom 14.07.1983, EuGHE 1983, 2445

EuGH Rs. 220/81 *Strafverfahren gegen Timothy Frederick Robertson und andere* vom 22.06.1982, EuGHE 1982, 2349

EuGH Rs. 25/88 *Strafverfahren gegen Wurmser* vom 11.05.1989, EuGHE 1989, 1105

EuGH Rs. 41/76 *Suzanne Donckerwolcke gegen Proucureur de la Republique* vom 15.12.1976, EuGHE 1976, 1921

T:

EuGH Rs. 5/77 *Tedeschi gegen Denkavit Commerciale, S.R.L.* vom 05.10.1997, EuGHE 1977, 1555

EuGH Rs. 28/77 *Tepea, BV gegen Europäische Kommission* vom 20.06.1978, EuGHE 1978, 1391

EuGH Rs. 119/75 *Terrapin (Overseas) Ltd. gegen Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.* vom 22.06.1976, EuGHE 1976, 1039 = GRUR Int. 1976, 402

EuGH Rs. C-5/94 *The Queen gegen Ministry of Agriculture* vom 23.05.1996, EuGHE 1996, I-2553

EuGH Rs. 35/87 *Thetford Corporation gegen Fiamma SPA und andere* vom 30.06.1988, EuGHE 1988, 3585

EuGH Rs. C-279/87 *Tipp-ex GmbH & Co. KG gegen Europäische Kommission* vom 08.02.1990, EuGHE 1990, I-261

EuGH Rs. C-358/95 *Thommaso Moratello gegen Unita sanitaria locale (USL) n. II. di Pordenone* vom 13.03.1997, EuGHE 1997, I-1431

U:

EuGH Rs. 27/76 *United Brands Company und United Brands Continentaal BV gegen Europäische Kommission (Chiquita Bananen)* vom 14.02.1978, EuGHE 1978, 207

V:

EuGH Rs. C-41/96 *VAG Händlerbeirat e.V. gegen SYD-Consuit* vom 05.06.1997, EuGHE 1997, I-3123, = EuZW 1997, 475

EuGH Rs. C-244/00 *Van Doren und Q. GmbH gegen Lifestyle Sports und Sportswear Handelsgesellschaft mbH und Michael Orth (Stüssy)* vom 08.04.2003, EuGHE 2003, I-3051

EuGH Rs. 192/73 *Van Zuylen Frères gegen Hag GF AG (HAG I)* vom 03.07.1974, EuGHE 1974, 731

EuGH Rs. C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb EV gegen Clinique Laboratoires SNC und Estee Lauder Cosmetics GmbH* vom 02.02.1994, EuGHE 1994, I-317 = GRUR 1994, 303

EuGH Rs. C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln gegen Mars* vom 06.07.1995, EuGHE 1995, I-1923

EuGH Rs. C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH gegen Heinrich Bauer Verlag* vom 26.06.1997, EuGHE 1997, I-3689

EuGH Rs. 311/85 *Vlaamse Reisebureus gegen A.S.B.L. Sociale Dienst Van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten* vom 01.10.1987, EuGHE 1987, 3801

EuGH Rs. 238/87 *Volvo gegen Erik Veng* vom 05.10.1988, EuGHE 1988, 6211

EuGH Rs. 5/69 *Völk gegen Etablissements Vervaecke, Sprl.* vom 09.07.1969, EuGHE 1969, 295

W:

EuGH Rs. 261/81 *Walter Rau Lebensmittelwerke gegen P. V. B. A. de Smedt* vom 10.11.1982, EuGHE 1982, 3961

Z:

EuGH verb. Rs. 89, 104, 114, 116-117, 125-129/85 *Zellstoff gegen Europäische Kommission* vom 27.03.1988, EuGHE 1988, 5193

EuGH verb. Rs. C-414/99, C-415/99, C-416/99 *Zino Davidoff SA gegen A & G Imports Ltd. sowie Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd. gegen Tesco Stores Ltd., Tesco plc und Costco Wholesale UK Ltd.* vom 20.11.2001, EuGHE 2001, 8691 = WRP 2002, 65

EuGH Rs. 172/80 *Züchner gegen Bayerische Vereinsbank AG* vom 14.07.1981, EuGHE 1981, 2021, = NJW 1982, 805

5.2 Entscheidungen des Europäischen Gerichts Erster Instanz

EuG Rs. T-25/95 *Cimenteries CBR und andere gegen Europäische Kommission* vom 15.03.2000, EuGHE 2000, II-491 WuW/EuR 293, 301

EuG Rs. T-229/94 *DB AG gegen Europäische Kommission* vom 21.10.1997, EuGHE 1997, II-1689, 1713

EuG Rs. T-34/92 *Fiatagri UK Ltd. und New Holland Ford Ltd. gegen Europäische Kommission* vom 27.10.1994, EuGHE 1994, II-905

EuG Rs. T-102/96 *Gencor Ltd. gegen Europäische Kommission* vom 25.3.1999, abgedruckt in WuW/EuR 1999, II-753

EuG Rs. T-19, 88/92 *Groupement d'Achat Édouard gegen Europäische Kommission* vom 12.12.1996, EuGHE 1996, II-1961

EuG Rs. T-7/93 *Langnese-Iglo GmbH gegen Europäische Kommission* vom 08.06.1995, EuGHE 1995, II-1533

EuG Rs. T-193/96 *Lars Bo Rasmussen gegen Europäische Kommission* vom 16.09.1998, EuGHE 1998, II-1495

EuG Rs. T-77/92 *Parker Pen Ltd. gegen Europäische Kommission* vom 14.07.1994, EuGHE 1994, II-549

EuG Rs. T-19/91 *Société d'Hgiène Dermatologique de Vichy gegen Europäische Kommission* vom 27.02.1992, EuGHE 1992, II-415

EuG Rs. T-29/92 *SPO und andere gegen Europäische Kommission* vom 21.02.1995, EuGHE 1995, II-289

EuG Rs. T-141/89 *Tréfileurope Sales Sarl gegen Europäische Kommission* vom 06.04.1995, EuGHE 1995, II-791

5.3 Entscheidungen der Europäischen Kommission

82/267/EWG Entscheidung der Kommission *AEG-Telefunken* vom 06.01.1982, ABL. 1982, L 117/15

85/206/EWG Entscheidung der Kommission *Aluminiumzufuhren aus Osteuropa* vom 19.12.1984, ABL. 1985, L 92/1

99/781/EWG Entscheidung der Kommission *BiB / Open* vom 15.09.1999, ABL. 1999, L 312/1

82/860/EWG Entscheidung der Kommission *Cafeteros de Colombia* vom 10.12.1982, ABL. 1982, L 360/31

76/353/EWG Entscheidung der Kommission *Chiquita* vom 17.12.1975, ABL. 1976 L 95/1

75/74/EWG Entscheidung der Kommission *Duro-Dyne/Europair* vom 19.12.1974, ABL. 1975, L 29/11

74/634/EWG Entscheidung der Kommission *Franco-Japanese Ball Bearings Agreements* vom 29.11.1974, ABL. 1974, L 343/19

2000/12/EWG Entscheidung der Kommission *Fußball WM 1998* vom 20.07.1999, ABL. 2000, L 5/55

75/94/EWG Entscheidung der Kommission *Goodyear italiana - Euram* vom 19.12.1974, ABL. 1975, L 38/10

91/335/EWG Entscheidung der Kommission *Gosmé SA - Distribution Martell Piper*, vom 15.05.1991, ABL. 1991, L 185/23

85/44/EWG Entscheidung der Kommission *Grohe Vertriebssystem* vom 10.12.1984, ABL. 1985, L 19/17

85/404/EWG Entscheidung der Kommission *Grundig EG-Vertriebsbindung* vom 10.07.1985. ABL. 1985, L 233/1

94/29/EWG Entscheidung der Kommission *Grundig-EG-Vertriebsbindung* vom 21.12.1993, ABL. 1994 L 20/15

82/367/EWG Entscheidung der Kommission *Hasselblad* vom 02.12.1981, ABL. 1982, L161/18

80/1333/EWG Entscheidung der Kommission *Hennessy - Henkell* vom 11.12. 1980, ABL. 1980, L 383/11

84/233/EWG Entscheidung der Kommission *IBM/PC* vom 18.04.1984, ABL. 1984, L 118/24

85/559/EWG Entscheidung der Kommission *Ivoclar* vom 27.11.1985, ABL. 1985, L 369/1

69/242/EWG Entscheidung der Kommission *Jaz Peter* vom 22.07.1969, ABL. 1969, L 195/5

85/79/EWG Entscheidung der Kommission *John Deere* vom 14.12.1984, ABL. 1985, L 35/58

88/172/EWG Entscheidung der Kommission *Konica* vom 18.12.1987, ABL. 1988, L 78/34

83/610/EWG Entscheidung der Kommission *Murat* vom 05.12.1983, ABL. 1983, L 348/20

75/77/EWG Entscheidung der Kommission *Pilzkonserven* vom 08.01.1975, ABL. 1975, L 29/26

86/398/EWG Entscheidung der Kommission *Polypropylen* vom 23.04.1986, ABL. 1986, L 230/1

76/159/EWG Entscheidung der Kommission *SABA* vom 15.12.1975, ABL. 1976, L 28/19

83/672/EWG Entscheidung der Kommission *SABA-EG-Vertriebssystem* vom 21.12.1983, ABL. 1983, L 376/41

92/428/EWG Entscheidung der Kommission *Selektives Vertriebssystem von Parfum Givenchy* vom 24.7.1992, ABL. 1992, L 236/11

85/617/EWG Entscheidung der Kommission *Sperry New Holland* vom 16.12.1985, ABL. 1985, L 376/21

85/616/EWG Entscheidung der Kommission *Villeroy & Boch* vom 16.12.1985, ABL. 1985, L 376/15

72/128/EWG Entscheidung der Kommission *Wild - Leitz* vom 23.02.1972, ABL. 1972, L 61/27

92/33/EWG Entscheidung der Kommission *Yves Saint Laurent Parfums* vom 16.12.1991, ABL. 1992, L 12/24

85/202/EWG Entscheidung der Kommission *Zellstoff* vom 19.12.1984, ABL. 1985, L 85/1

93/554/EWG Entscheidung der Kommission *Zera/Montedison und Hinkens/Staehler* vom 22.06.1993, ABL. 1993, L 272/28

5.4 Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofes

EFTA-Gerichtshof Rs. E-2/97 *Mag Instruments, Inc. gegen California Trading Co., Norwegen, Ulsteen*, Gutachten vom 3. Dezember 1997, GRUR Int. 1998, 309 mit Anm. Joller

5.5 Entscheidungen des Gerichtshofs der Benelux-Staaten

Entscheidung des Gerichtshofs der Benelux-Staaten *Kipling gegen GB Unic* vom 6. Dezember 1999; nicht veröffentlicht; Wiedergabe der Leitsätze und der wesentlichen Entscheidungsgründe in IIC 2000, 475

5.6 Entscheidungen der deutschen Gerichte

RG *Hengstenberg* vom 20.09.1927, RGZ 118, 76

RG *Mariani* vom 02.05.1902, RGZ 51, 263

BGH *Aqua King* vom 08.7.1982, BGHZ 177, 83

BGH *Cinzano* vom 02.02.1973, BGHZ 60, 185

BGH *Gefärbte Jeans* vom 14.12.1995, BGHZ 131, 308

BGH *Givenchy* vom 12.05.1988, EuZW 1998, 766 = NJW-RR 1999, 189

BGH *Griffband* vom 28.10.1987, GRUR 1988, 213

BGH *Lückenlosigkeit* vom 15.07.1999, GRUR 1999, 1113

BGH *Maja* vom 22.01.1964, BGHZ 41, 84

BGH *Öffnungshinweis* vom 30.10.1981, BGHZ 82, 152

BGH *Sermion II* vom 10.04.1997, GRUR 1997, 629

BGH *Valium Roche* vom 10.11.1983, GRUR 1984, 530

OLG Hamburg *Eastpack-Rucksäcke*, GRUR 1999, 739

OLG Frankfurt *Erschöpfung der Ausstattungsmarke*, GRUR 2001, 1068

OLG Frankfurt *Reimport aus Rußland*, GRUR Int. 1998, 313

OLG Frankfurt *Unordentliche Bündelpackung*, WRP 1998, 629

5.7 Entscheidungen der englischen Gerichte

Betts gegen Wilmott, LR 6 Ch. App. 1871, 239, 245

National Phonographic Co. Of Australia Ltd. gegen Walter T. Menck, A.C. 1911, 337

Zino Davidoff SA gegen M & S Toiletries Ltd., SLT 2000, 683

5.8 Entscheidungen der schottischen Gerichte

Zino Davidoff SA gegen A&G Imports Ltd., All E.R. 1999, 711

6 Verzeichnis der Literatur

Albert, Florian/Heath, Christopher, Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 14.12.1995 – Gefärbte Jeans, GRUR 1996, 275

Albert, Florian/Heath, Christopher, Dyed But Not Exhausted – Parallel Imports and Trade Marks in Germany, IIC 1997, 21

Albert, Florian/Heath, Christopher, Markenrecht und Paralleleinfuhr, GRUR 1998, 275

Arndt, Hans-Wolfgang, Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufsbeschränkungen, ZIP 1994, 188

Barents, R., New developments in measures having equivalent effect, CMLR 1981, 271

Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang, Warenzeichengesetz und internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, 12. Aufl., München, 1985

Becker, Ulrich, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung in Artikel 30 EG-Vertrag, EuR 1994, 162

Beckmann, Roland, Die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes nach neuem Markenrecht. Zugleich Anm. zum Urteil des EuGH v. 16.7.1998 Rs. C-335/96 - Silhouette, GRUR Int. 1998, 836

Beier, Friedrich-Karl, Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten, GRUR Int. 1989, 603

Beier, Friedrich-Karl, Grenzen der Erschöpfungslehre im Markenrecht, GRUR Int. 1978, 263

Beier, Friedrich-Karl, Industrial Property and the Free Movement of Goods in the Internal European Market, IIC 1990, 131

Beier, Friedrich-Karl, Territorialität des Markenrechts und internationale Wirtschaftsverkehr, GRUR Int. 1968, 8

Berlit, Wolfgang, Markenrechtliche und europarechtliche Grenzen des Markenschutzes, GRUR 1998, 423

Beutler, Bengt/*Bieber*, Roland/*Pipkorn*, Jörn/*Streil*, Jochen, Die Europäische Union: Rechtsordnung und Politik, 4. Aufl., Baden-Baden, 1993

Bleckmann, Albert, Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., Köln, 1997

Booer, Tim, *Edmonds*, Peter, *Oglialoro*, Claudia, Economic Aspects of the Single European Market in Pharmaceuticals, ECLR 1999, 256

Calliess, Christian/*Ruffert*, Matthias, Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV-, 2. Aufl., Neuwied, 2002

Carboni, Anna, Zino Davidoff SA v. A & G Imports Limited: a way around Silhouette?, EIPR 1999, 524

Celli, Alessandro, Internationales Kennzeichenrecht, München, 2000

Chalmers, Damian, Repackaging the Internal Market – The Ramifications of the Keck-Judgement, ELR 1994, 385

Cocuzza, Claudio, *Montini*, Massimiliano, International Anti-trust Co-operation in a Global Economy, ECLR 1998, 156

Cornish, William, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 4. Aufl., London, 1999

Cornish, William, Trade Marks: Portcullis for the EEA?, EIPR 1998, 172

Dauses, Manfred, Dogmatik des freien Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1984, 197

Dauses, Manfred, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, München, Stand April 2003

Donelly, D., Parallel Trade and International Harmonization of the Exhaustion of Rights Doctrine, Computer & High Tech L. J., 1997, 445

Ebenroth, Carsten/*Hübschle*, Wolfgang, „Bestand“ und „Ausübung“ gewerblicher Schutzrechte, EWS 1994, 109

Ehricke, Ulrich, Das Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis im Gemeinschaftsrecht, WuW 1994, 108

Eisenführ, Günther/*Schennen*, Detlef, Gemeinschaftsmarkenverordnung – Kommentar, Köln, 2003

Encyclopedia of Information Technology Law, Vol. 1, edited by Stephen Saxby, London, 1990

Everling, Ulrich, Die Rechtsprechung des EuGH zum freien Warenverkehr im Binnenmarkt, ZLR 1989, 304

Fezer, Karl-Heinz, Grundprinzipien und Entwicklungslinien im europäischen und internationalen Markenrecht, Richtlinienkonforme Auslegung – Internationale Marktaufteilungen – Funktionenlehre – Markenrechtlicher Designschutz, WRP 1998, 1

Fezer, Karl-Heinz, Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen; Dokumentation der nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 3. Aufl., München, 2001

Fezer, Karl-Heinz, Vertriebsbindungssysteme als Unternehmensleistung – Zum Wettbewerbsschutz des selektiven Vertriebs im Grauen Markt, GRUR 1990, 551

Fezer, Karl-Heinz, Wettbewerbsrechtlicher und markenrechtlicher Bestandsschutz funktionsfähiger Distributionssysteme selektiven Vertriebs vor Außenseiterwettbewerb – Die Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Vertriebsbindungssysteme in den Mitgliedstaaten der EU, GRUR 1999, 99

Freytag, Christiane, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht – Patente und Marken versus Handelsfreiheit, Berlin, 2001

Funck-Brentano, L., Der Grundsatz des freien Wettbewerbs im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, RIW 1980, 77

v. *Gamm*, Otto-Friedrich, Zur Warenzeichenreform, WRP 1993, 793

Geddes, Free Movement of Pharmaceuticals within the Community: The Remaining Barriers, ELR 1991, 295

Geiger, Rudolf, EUV, EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; Kommentar, 3. Aufl., München, 2000

Glassen, Helmut/*von Hahn*, Helmut/*Kersten*, Hans-Christian/*Rieger*, Harald, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Rechtsordnungen, Köln, Stand 2000

Gleiss, Alfred/*Hirsch*, Martin, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 4. Aufl., Heidelberg, 1993

Gormley, Laurence, Quantitative restrictions and measures having equivalent effect – Recent cases on Articles 30 – 36, ELR 1985, S. 431

Gormley, Laurence, Two Years after Keck, Fordham Int'l L. J., 1996, 866

Grabitz, Eberhard/*Hilf*, Meinhard, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EGV, Loseblattsammlung, München, Stand August 2002

von der Groeben, Hans/*Schwarze*, Jürgen, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Baden-Baden, 2003

von der Groeben, Hans/*Thiesing*, Jochen/*Ehlermann*, Claus Dieter, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Baden-Baden, 1997

Gross, Naomi, Trade Mark Exhaustion: The U.K. Perspective, EIPR 2001, 224

Hackbarth, Ralf, Anmerkung zu EuGH „Ideal-Standard“, EuZW 1994, 472

Ham, A., International Cooperation in the Anti-Trust Field and in Particular the Agreement Between the United States of America and the Commission of the European Communities, CMLRev 1993, 571

Hancher, Leigh, The European Pharmaceutical Market; problems of partial harmonisation, ELR 1990, 9

Harte-Bavendamm, Henning/*Kreutzmann*, Alix, Neue Entwicklungen in der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme, WRP 2003, 682

Harte-Bavendamm, Henning/*Scheller*, Eva, Die Auswirkungen der Markenrechtsrichtlinie auf die Lehre von der internationalen Erschöpfung, WRP 1994, 571

Hasselblatt, Gordian, Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., München, 2005

Hays, Thomas, The L'anza Decision, EntLRev 1998, 313

Hays, Thomas/*Hansen*, Peter, Silhouette is Not the Proper Case Upon which to decide the Parallel Importation Question, EIPR, 1998, 277

Heath, Christopher, Parallel Imports and International Trade, IIC 1997, 623

Hefermehl, Wolfgang/*Ipsen*, Hans-Peter/*Schluep*, Walter/*Sieben*, Günter, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, München, 1979

Herdegen, Matthias, Europarecht, 5. Aufl., München, 2002

Heydt, Ludwig, Parallelimporte und Warenzeichenrecht, GRUR 1969, 450

Hoth, Jürgen, Territoriale Grenzen des Schutzbereichs von Warenbezeichnungen, GRUR 1968, 64

Immenga, Ulrich/*Mestmäcker*, Ernst-Joachim, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, München, 1997

Ingerl, Reinhard/*Rohnke*, Christian, Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz, NJW 1994, 1247

Ingerl, Reinhard/*Rohnke*, Christian, Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 1. Aufl., München, 1998

Ingerl, Reinhard/*Rohnke*, Christian, Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 2. Aufl., München, 2003

Jickeli, Joachim, Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips - Erste Weichenstellung in der Rechtsprechung, JZ 1995, 57

Joliet, René, Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, GRUR Int. 1994, 979

Joliet, René, Markenrecht und freier Warenverkehr: Abkehr von Hag I, GRUR Int. 1991, 177

Joerges, Christian, Selektiver Vertrieb und Wettbewerbspolitik: Eine konzeptionelle Analyse der Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof zu Art. 85 EG-Vertrag, GRUR Int. 1984, 222

Joller, Gallus, Entscheidung des EFTA-Gerichtshof zugunsten internationaler Erschöpfung des Markenrechts, ELR 1998, 1

Joller, Gallus, Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht – Silhouette einer Zwischenbilanz, GRUR Int. 1998, 751

Jones, L. Does an Opportunity Still Exist for the Development of a Doctrine of International Exhaustion at a Community Level under Articles 28 and 30, EIPR 2000, 171

Kallay, Dina, Levi Strauss v. Tesco: At a Difficult Juncture of Competition, IP and Free Trade Policies, ECLR, 2002, 193

Karl, Anna-Maria, Auf dem Weg zu einer globalen Kartellrechtordnung, RIW 1996, 636

Klaka, Rainer, Erschöpfung und Verwirkung im Lichte des Markenrechtsreformgesetzes, GRUR 1994, 321

Knebel, Hans-Werner, Die Extraterritorialität des Europäischen Kartellrechts, EuZW 1991, 265

Kotthoff, Jost, Der Schutz des Euro-Marketings über Artikel 30 EG-Vertrag, WRP 1996, 79

Kraft, A., Abwehransprüche nach dem deutschen Warenzeichenrecht und der internationale Warenverkehr, GRUR 1969, 120

Kunz-Hallstein, Hans Peter, COOL WATER und die Erschöpfung, Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des englischen High Court of Justice vom 18. Mai 1999, MarkenR 2000, 113

Lane, Robert, EC-Competition Law, Harlow, 2000

Lea, Gary, Branded for life? Zino Davidoff v A&G Imports and Glaxo v Dowelhurst in the context of EC parallel imports rule, Communications Law, 2001, 17

Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter, EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, Köln, 2. Aufl.

Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter, EU- und EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, 3. Aufl., Köln, 2003

Leube, Jutta, Die Kartellrechtliche Beurteilung des Erfahrungsaustauschs bei zwischenbetrieblicher Kooperation, BB 1974, 208

Loewenheim, Ulrich, Marktaufteilungen durch Warenzeichen und Artikel 85, 86 EWG-Vertrag – Überlegungen zum Sirena-Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int. 1971, 260

Lüder, Tilmann, Die Angst vor der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Abwägung zwischen nationalem Markenrecht und der Freiheit des Warenverkehrs, EuZW 1995, 15

Mac Queen, Hector, International Exhaustion of Trade Mark Rights: A Scottish Contribution to the Debate, IPQ 2000, 35

Marx, Thomas, Zum Nachweis aufeinander abgestimmten Verhaltens, BB 1978, 331

Mestmäcker, ErnstJoachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, München, 20004

Meyer, Alfred, Hagen, Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs – Abkehr vom „flüchtigen Verbraucher“, WRP 1993, 215

Moench, Christoph, Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt, NJW 1982, 2689

Möschel, Wernhard, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, NJW 1994, 429

Moore, Re-visiting the limits of Article 30 EEC, ELR 1994, 195

National Economic Research Associates, Competition Brief, Silhouette – Shedding Light on Grey Imports, 1. September 2000

Norman, Helen, Parallel Imports from Non-EEA Member States: The Vision Remains Unclear, EIPR 2000, 159

Ohly, Ansgar, Anmerkung zur Davidoff-Entscheidung des EuGH, GRUR Int. 2002, 153

Ohly, Ansgar, Trade Marks and Parallel Importation – Recent Developments in European Law, IIC 1999, 512

Petschke, Mathias, Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1994, 107

Pickrahn, Günter, Die Bekämpfung von Parallelimporten nach neuem Markenrecht, GRUR 1996, 592

Polachek, Solomon, Conflict and Trade, Journal of Conflict Resolution, 1980, 55

Posner, Richard, Economic Analysis of Law, 4. Aufl., Boston, 1992

Reimer, Dietrich, Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, GRUR Int. 1972, 221

Reich, N., The „November Revolution“ of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited, CMLR 1994, 459

Reindl, Andreas, Intellectual Property and Intra-Community Trade, Fordham Int'l L. J., 1997, 819

Remien, Oliver, Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, JZ 1994, 349

Rothnie, A., Parallel Imports, London, 1993

Sack, Rolf, Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2000, 610

Sack, Rolf, Der markenrechtliche Erschöpfungsgrundsatz im deutschen und europäischen Recht, WRP 1998, 549

Sack, Rolf, Die Erschöpfung von Gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, WRP 1999, 1088

Sack, Rolf, Die Erschöpfung von Gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach europäischem Recht, GRUR 1999, 193

Sack, Rolf, Die Erschöpfung von Markenrechten nach Europäischem Recht, RIW 1994, 897

Schmieder, Hans-Heinrich, Neues deutsches Markenrecht nach europäischem Standard, NJW 1998, 1245

Schilling, Theodor, Rechtsfragen zu Artikel 30 EG-Vertrag, EuR 1994, 50

von Schultz, Detlef, Kommentar zum Markenrecht, Heidelberg, 2002

Schröter, Helmuth/*Jakob*, Thina/*Mederer*, Wolfgang, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 2003

Seidel, Martin, Die sogenannte Cassis de Dijon Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Schutz der Herkunftsangaben in der Europäischen Gemeinschaft, GRUR Int. 1984, 80

Sosnitza, Olaf, Territoriale Grenzen markenrechtlicher Erschöpfung und Europarecht, WRP 1998, 951

Starck, Joachim, Markenrechtliche Erschöpfung – die Vierte: Inwieweit schränkt § 24 Abs. 1 MarkenG den Markeninhaber beim Warenvertrieb in Gebiete außerhalb Europas ein?, MarkenR 2004, 41

Stothers, Christopher, International Exhaustion of Trade Marks and Consent in the EEA, Zino Davidoff SY v. A&G Imports Ltd; Levi Strauss & Co. v. Tesco Stores; Levi Strauss & Co. v. Costco Wholesale UK Ltd, EIPR 2001, 344

Streinz, Rudolf, EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München, 2003

Ströbele, Paul/*Hacker*, Franz, Markengesetz, 7. Aufl., Köln, 2003

Stuyck, Jules, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union, WRP 1994, 579

Swanson, Tait, Combating Gray Market Goods in a Global Market: Comparative Analysis of Intellectual Property Laws and Recommended Strategies, Houston Journal of International Law 2000, 327

Tritton, G., Articles 30 to 36 and Intellectual Property: Is the Jurisprudence of the ECJ now of an Ideal Standard?, EIPR 1994, 422

Troller, Alois, Die territoriale Unabhängigkeit der Markenrechte im Warenverkehr, GRUR Int 1960, 244

Veelken, W., Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen, EuR 1977, 311

Vinje, Magill: Its Impact on the Information Technology Industry, EIPR 1992, 397

Vormann, Thorsten, Markenrechtlicher Schutz vor Parallelimporten – Aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der deutschen Gerichte zur Erschöpfung von Markenrechten, MarkenR 2003, 129

Walsh, Paul, *Treacy*, Pat, *Feaster*, Trudy, The exhaustion and unauthorised exploitation of trade mark rights in the European Union, ELR 1999, 259

Wish, Richard, Competition Law, 4. Aufl., London, 2002

Wooldridge, Sebago and Davidoff: Differing Reflections on Silhouette, IPQ 1999, 379